1942 Julio

GACETA JUDICIAL

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Licencia Nº 451, de
7 de marzo de 1936.

Registrado para curso libre de porte en el servicio postal.

Tomo LIV — Octubre y Noviembre de 1942 — Números 1989 y 1990.

TALLERES "MUNDO AL DIA"—BOGOTA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

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

SALA DE CASACION EN LO CIVIL:

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

SALA DE CASACION EN LO PENAL:

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

SALA DE NEGOCIOS GENERALES:

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

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA:

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

Relator: Doctor JULIAN MOTTA SALAS.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

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

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

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

Tomo LIV — Octubre y Noviembre de 1942 — Números 1889 a 1992

EXPOSICION DEL DOCTOR ANTONIO JOSE PANTOJA ANTE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA

TESIS: "ECONOMIA DIRIGIDA E INTERVENCIONISMO DE ESTADO" — "LOS PETROLEOS COLOMBIANOS ANTE LAS TESIS ENUNCIADAS".

Señor Presidente, señores académicos,... señoras, señores:

Con benevolencia excepcional que sé agradeceros me habeis elegido miembro de número de esta ilustre Academia — cumbre del pensamiento jurídico de Colombia — para ocupar inmerecidamente en este sitio un sillón que es símbolo de honor y responsabilidad científica.

"Economia dirigida" e 'Intervencionismo de Estado" son las tésis que me propongo desarrollar en esta exposición reglamentaria. Una vez expuesta, trataré de relacionarlas con el problema nacional de los petróleos, analizando el proyecto de ley que cursa en el Congreso sobre este importante negocio.

Al intentar hablaros de "Economia dirigida", es decir, de un sistema en auge que opera sobre las economias nacionales, nos parece de rigor lógico, examinar los métodos y el orden que ha venido prevaleciendo en el particular, y al mismo tiempo, los postulados científicos en que estos descansan.

LIBERALISMO ECONOMICO

Los sistemas de producción y consumo de riquezas adoptados en los últimos siglos

por los pueblos civilizados, se sustentan en las doctrinas conocidas en el mundo de la Ciencias y la Filosofia con el nombre de "Liberalismo económico", las cuales pueden concretarse o resumirse en dos vastas concepciones generales: la de "libre propiedad" y el "libre cambio", realizables por el individuo como factor preponderante de la comunidad.

Según lo expresan las doctrinas enunciadas, el desarrollo de la economia debe sujetarse al "orden natural de las cosas" mediante la vulgarización de las verdades económicas naturales o, de lo que con mayor propiedad denominan los economistas "las leyes evidentes o necesidades físicas de la Economia"; con la abstención del Estado en materias económicas, concretada en la famosa fórmula del "Laisser faire, laisser passer" y, al favor de la prohibición de asociaciones y coaliciones extrañas y antagónicas del obrar individual.

Dentro de estas condiciones esenciales, el individuo jurídicamente facultado y amparado además en un concepto extensivo de la libertad: libertad civil, financiera, moral, religiosa, etc, pone en juego en las relaciones humanas los resortes de su voluntad y su inteligencia, sus incentivos económicos creadores en la lucha por la existencia, protegido por el Estado cuyo papel prominente en la sociedad se reduce a la conservación del orden público y a la protección y mantenimiento de las libertades y derechos del ciudadano. En este deslumbrante panorama aparecen la libre propiedad, el libre cambio, la libre concurrencia o competencia, la oferta y la demanda como sillares indestructibles de la vida económica, que emergen con espontaneidad acariciada del "orden natural de las cosas". Estamos asi, señores, en precencia del estado gendarme y del más refinado individualismo.

Cuando se propugnaba, especialmente en Europa, por encontrarle asidero en las instituciones jurídicas al "liberalismo económico", se habían abierto amplio camino en las ciencias jurídicas y en la conciencia de aquellos pueblos, los conceptos a la sazón imperante del derecho natural que junto con aquel culminaron en el gigantesco movimiento social de la Revolución francesa y se tradujeron en normas del derecho positivo de las naciones más cultas.

La noción entonces predominante de ese derecho natural, superior é independiente del derecho positivo, que anida en la conciencia de los hombres y en el cual se localiza la Justicia, tenía que reflejarse sobre las cuestiones económicas de aquella época, y ejercer apreciable influencia en el pensamiento de los expositores é innovadores de las ciencias de la Economía. De aqui que en las estructuraciones del "liberalismo económico" y en las prácticas que de él arrancan, se adviertan con facilidad extraordinaria las orientaciones del derecho natural del siglo XVIII; derecho éste que se hacía derivar de la naturaleza, se tenia por absoluto, universal é inmutable, y era según el decir que sus propugnadores, el que regulaba el género humano cuando aún no se había constituído la sociedad política, cuando los hombres eran iguales, libres e independientes y estaban provistos por imperativos designios de la naturaleza, de algunos derechos: de los llamados derechos naturales, entre los cuales se incluian los de la propiedad, la vida, la libertad, etc. Por esto, las doctrinas del "liberalismo económico" se recatan en aquel "orden natural de las cosas", dejan al libre juego de las fuerzas económicas naturales todo lo que a la riqueza de los pueblos se refiere, es decir, la determinación sin límites de lo mio y de lo tuyo, y colocan al individuo como supremo y único gestor de su propio bienestar y del bienestar social.

Pero transcurren los siglos, las sociedades humanas se perfeccionan, el pensamiento de los hombres penetra en rutas antes ignoradas por las ciencias de la cultura o del espíritu y por las ciencias de la naturaleza, y surgen nuevos requerimientos humanos por la obtención de un nuevo orden social más conforme con los designios naturales de la vida y con las exigencias indeclinables de la comunidad. Y para esta jornada que se afianza en el presente y se extiende sobre el porvenir, el "liberalismo económico" cuyos principios y prácticas

nos son conocidos, ya no responde a las exigencias y necesidades de la hora.

Como toda creacción del intelecto humano, cumple su ciclo de realizaciones y tras los embates de más nobles doctrinas surgidas con mirajes comunes pero por opuetas vías: por los caminos de la religión y de las ciencias, declina para cederle el campo a otras creaciones del espíritu relacionadas con la organización del mundo social humano.

EL EQUILIPRIO ENTRE LA PRODUCCION Y EL CONSUMO

Ha sido preocupación constante de los economistas de todos los tiempos, encontrar las reglas en cuya virtud sea posible fomentar el equilibrio entre la producción y el consumo de las riquezas, a fin de que las cosas que el hombre produce y que le son necesarias para el sostenimiento de la vida, el confort, etc, guarden exacta proporción con las que consume.

Aprisionado por este singular problema el célebre economista inglés Malthus, tocado de amargo excepticismo, llegó a presagiar que en tiempos no muy lejanos la humanidad perecería agobiada por el hambre; porque en tanto que la producción humana solia efectuarse en progresión geométrica, las cosas se producían en en sentido aritmético.

Pero el desequilibrio preconizado por Malthus a caúsa del excesivo crecimiento de la especie humana, no es precisamente en los momentos que discurren preocupación de temor. Esta se centra actualmente en hallar aquel equilibrio entre la gran producción que se obtiene al favor del maquinismo, el dominio conseguido por el hombre sobre las fuerzas de la naturaleza y con aplicación de todas las técnicas productivas descubiertas; y la capacidad económica para adquirir lo que se produce, de que pueda disponer en un momento dado la gran masa consumidora.

A la simple vista este problema se nos presenta revestido de una abrumadora sencillez; pero si nos detenemos a estudiarlo en su fondo, nuestra complejidades tormentosas que en Colombia se quieren resolver fundando cooperativas de consumo y producción, y con otras panaceas poco útiles que ya doblegaron la cerviz en paises más avanzados; pues, efectivamente, son de difícil o imposible solución en las economias constituídas al auxilio de las doctrinas de la Economia clásica agonizante.

Otra preocupación que hoy perturba el tranquilo sueño de economistas y estadistas, se concentra en la determinación de los precios de lo preducido o que pueda producirse. Durante el reinado de la economía capitalista se hacia depender de las leyes de "la oferta y la demanda"; pero éstas ya no responden a aquella determinación de los precios con la precisión matemática de otros tiempos y en consonancia con el "orden natural de las cosas".

La guerra mundial de 1914 y la que ahora presencia asombrada la humanidad borraron del escenario de las sociedades los antiguos cálculos fundados en las leyes de la oferta y de la demanda, por la aparición de inesperadas y apremiantes necesidades que lindan con la conservación de la vida y que rompen la normalidad habitual. Y ausentes de las previsiones del hombre el equilibrio entre lo que se produce y se consume, y rota la libre determinación de los precios, la máquina social anda a saltos declarando con lastimosa estridencia que los hermosos principios del liberalismo económico y los métodos en él asentados, son inactuales e inadecuados para operar con eficacia ante los nuevos prospectos de la convivencia.

II

CONTRATIEMPOS DE LA ECONOMIA

De la Economía del presente se ha dicho con el clamor de angustia y por autoridades de insospechable reputación científica, que ella se debate en el caos más tormentoso precursor de agitados movimientos sociales y de incontables revolu-

ciones sin procedentes en la historia de la humanidad.

Que en los procesos de la producción y el consumo de las riquezas no se vislumbra el anhelado equilibrio por parte alguna; porque en tanto que la producción aumenta sin cesar con la colaboración fecunda de las ciencias matemáticas, físicas, químicas, metereológicas, biológicas, etc. y la aplicación en ascenso de maravillosos inventos, los consumos se mueven intermitentemente en periodos de escasez o superabundancia, lo cual no obstante para que durante la escasez haya abundancia en ciertos sectores que se alimentan de la especulación en lo interno de cada país, y para que en los cambios internacionales ocurran fenómenos similares provocados por los rígidos nacionalismos económicos. Que en los ciclos más agudos de estas anormalidades, las gentes se sienten influenciadas por una psicología enfermiza, y entonces se les oye hablar muy a menudo con singular desdén por las ciencias y con insolente estravagancia, de crisis, de desequilibrios, de enriquecimientos tortuosos, de quiebras, de antagonismo de clases, de rivalidades, etc, sin sugerir siquiera un mal remedio para tantos males.

Es ésta una enfermedad que agita por igual la psicología de tudescos, franceses, ingleses, americanos, etc, y que también altera la envidiable tranquilidad del pueblo colombiano.

Entre nosotros se esta hablando ahora, con indiscutible fervor patríotico, de los malos pactos sobre el caucho, de las desconcertantes orientaciones de la moneda, de las alzas inusitidas de los artículos de primera necesidad, del derrumbamiento de las importaciones, del retraimiento criminal de la agricultura y de la ganadería, del pavoroso cuadro que se vá delineándo en los transportes, de la prosperidad del agio, de rencillas políticas, etc. pero ninguno de los panegiristas del mal, surgiere soluciones buenas o malas. Todos las piden al Gobierno que se va convirtiendo en el cordero pascual, y por el lado de las propias conveniencias políticas y económicas, con olvido del procomun.

A estas situaciones de indecisión, de incertidumbre se agregan otras provenientes de las nuevas formas de polarización universal de la política, alojadas en las democracias y en los totalitarismos, con las cuales se está sorteando en inescrutables designios el futuro de toda las naciones...

Pero, sin embargo, el mundo marcha y ningún pueblo se resigna a perecer por indolencia musulmana. Aún en medio de los fragores de la contienda armada todas las naciones buscan con natural instinto de conservación, las sendas más despejadas de su salvación económica, política y social, removiendo obtáculos materiales, superando doctrinas que acaso se tenían por inconmovibles.

En el inmenso campo de la Economía se están abandonando muchas formas clásicas en uso, se restauran otras que parecían difinitivamente sepultadas en la oscuridad del pasado y se superan principios siguiendo los nuevos cauces del pensamiento económico, político y social.

En muchos Estados en los cuales impera el totalitarismo naciente, y en otros de récia fisonomía democrática, se va imponiendo la llamada "Economía dirigida". Sólo que en aquellos el sistema se está aplicando con el exclusivo objeto de satisfacer las demandas colectivas, en un franco sentido socialista y con una especial orientación de las dictaduras; mientras que en éstos, se persigue satisfacer las demandas sociales promoviendo la actualización de la economía capitalista, es decir, actualizando la libertad del trabajo, la libre concurrencia, la propiedad particular, — prerrogativas del hombre económico— pero conciliando las situaciones sociales con los legítimos interéses del ciudadano.

La propiedad privada se actualiza restándole su antiguo retraimiento social proveniente de los egoismos individuales, productos de una libertad sin recortes, y tornándola en elemento concurrente, operante y dinámico de las economías nacionales, en un interesante viraje de promoción del bien común. La libertad de concurrencia o

competencia, los cambios absolutamente libres, la oferta y la demanda — índice anterior de los precios— también se actualizan; y en esta trayectoria impresentida en que se están empleando nuevos medios para la consecusión de nuevos fines, la "Racionalización", hecho fundamental y prominente del nuevo orden económico, se extiende sobre los modos de producir, sobre sus técnicas, llega hasta la dirección de los consumos y la consiguiente fijación de precios acompañada de una interesante y constructiva intervención del Estado.

Con estos prospectos, sin cercenar pero ordenando los móviles económicos del ciudadano, sin menospreciar las prerrogativas sociales, pero morigerándolas; sin perjudicar derecho alguno, se busca la protección conjunta de todos los interéses que entran en la producción y los consumos de riquezas, en una admirable conjución de la Economía y el Derecho que tiene su más firme expresión ante la ley.

En términos generales, son éstas, señores las fases más fundamentales y teóricas de la "Economía dirigida", sus rumbos, su operancia, sus medios y sus fines, expuestos con perdonable sintetismo. Aplicadlos mentalmente y sin mayores esfuerzos de inteligencia en un plan bien meditado con la intervención del poder público, y en reglas obligatorias de conducta trazadas por la ley, y os sentiréis transportados a regiones de equilibrios en donde empiezan a dominar las virtudes económicas sobre las especulaciones, la inteligencia sobre la ficción mental y la fuerza bruta, el altruísmo sobre los egoismos, el bienestar común sobre la miseria general.

Llevadlos a los sistemas de organización de la moneda, impidiendo que los signos de cambio lo sean de ruina para unos y de atrevida prosperidad para otros, quitándoles enojosas fluctuaciones y ficciones inútiles, y os sentiréis tranquilos en las labores del trabajo.

Llevádlos a todos los sistemas de producción, fijando en estadísticas leales, los capitales invertidos en materias primas, maquinarias, etc. y os pondréis en capacidad de fijar la parte equitativa que en esta función corresponde al trabajo humano, a los empresarios, al Fisco, a las cuestiones imprevistas en toda empresa, pudiendo fijar al tiempo el precio en los consumos.

Llevádlos a la producción del café. Fijad por regiones estadisticamente las inversiones del cafetero, del productor engrande y del pequeño productor, los transportes internos y externos, los riesgos ocasionales, los seguros, etc. y fijad también los precios en los consumos; y con facilidad extraordinaria fijaréis equitativamente los justos provechos del productor directo de esas riquezas, del trabajo humano que en ellas interviene, del Fisco, etc. dándole a la vez al Estado la oportunidad de pesar y medir las conveniencias o inconveniencias de esa industria.

Llevádlos a la Superitendencia de importaciones, y con base en estadísticas fieles del costo original, transportes, riesgos, seguros, etc. de las mercaderias, fijando los precios en los consumos, fijaréis también en justicia los aprovechamientos que corresponden a los comerciantes por inversiones y trabajo, premuniendo al incautó consumidor de asaltos que rompen el equilibrio económico, el bienestar de todas las clases saciales y la tranquilidad pública.

Extended el sistema a todos los sectores de la economía nacional, sin desestimar los detalles y las especiales circunstancias que deben presentarse al conocer de cada caso concreto, armonizando las conveniencias particulares y locales con las generales, superando y corrigiendo obstáculos particulares, locales y generales, y ya podréis ver en el Estado que interviene y en la ley que lo ordena, la mejor garantia y protección razonada del más grande como del más pèqueño interés económico. Porque, señores, ya pasó el tiempo en que por mantener la integridad de un principio, de una abstraccción, se sacrificaba la salud física y moral de los pueblos.

"Es prudente advetir que en la práctica, los actos y hechos que suelen conformarse

con las reglas explicadas de la "Economía dirigida", o por lo menos, muchos de ellos, se resisten de una especial condición de perduralidad inmediata. Son menos estables que los que se realizaban y aún suelen realizarse bajo el ritmo de las doctrinas del "liberalismo económico. Por esto, las regulaciones legales de los hechos económicos, los pactos internacionales, las trayectorias internas y, en fin, cualquier prospecto auspiciado por los principios del orden económico en marcha, deben quedar sujetos a una constante inspección y vigilancia: la inspección y vigilancia del Estado y del ciudadano, a fin de rectificar frecuentemente lo que sea menester para que la obra o finalidad perseguida resulte eficaz. Porque la Economía dirigida intercede en los procesos de la producción y los consumos con la misma dinámica cambiante de los hechos sociales en que ella opera.

De esta Economía que se fundamenta en la "Racionalización" intervenida por el Estado, se ha dicho que es tan vieja como el mundo, y que no aporta novedad alguna. Pero al pesar el argumento, no debemos olvidar que las líneas directrices de la organización social humana están trazadas desde la antiguedad histórica por Platón y Aristóteles, a quienes lógicamente se les atribuye la paternidad del socialismo y del individualismo; y que es ley psicológica del individuo y de las multitudes, rastrear en el pensamiento del pasado, meditar en el presente para establecer conclusiones sobre lo porvenir.

El argumento aludido no le resta prestigios al sistema que analizamos, aunque ciertamente economía dirigida fue la que impuso en Egipto un Faraón, cuando ordenó almacenar las cosechas en los siete años de abundancia, simbolizados en las siete vacas gordas, para luégo vendérselas a sus subditos en los siete años de escasez, también simbolizados en las siete vacas flacas.

Economía dirigida fue del mismo modo la que impuso Colbert en Francia bajo el reinado de Luis XIV, al ordenar que se codificara y sometiera a dispendiosos reglamentos la economía industrial de aquella nación. Y sobre las ruinas de la economía Cobernatina hubo de levantarse entonces el soberbio edificio de la economía capitalista que, ahora, se muestra insuficiente para el logro de los fines humanos individual y colectivamente apreciados, lo cual nos está indicando que en las renovaciones de los sistemas sociales, "el mundo vuelve a lo pasado como barca empujada por el huracán y los vientos".

Es así, que Economía dirigida es también la que en estos instantes están realizando todos los pueblos en guerra, no sólo en lo que mira a la producción y consumo de materiales bélicos, sino también en cuanto toca con los elementos necesarios para el sustento y recreación de la vida.

En el particular los ejemplos presentables constituyen realmente una regla general.

Las limitaciones impuestas por los Estados Unidos en importaciones y exportaciones con los paises de este hemisferio; el plan reciente del señor Rooselvelt, por el cual se imponen altos tributos, se limitan las utilidades de personas y corporaciones partiendo de ratas razonables, y se fijan los precios de las compras al por mayor de lo que consumen los fabricantes; se estabilizan precios máximos sobre alquileres de habitaciones en zonas afectadas por la guerra; se estabilizan salarios y emolumentos por trabajo; se estabilizan los precios que hayan de pagarse por los productos de la agricultura; se animan las inversiones en bonos del Estado con fines esencialmente nacionales; se racionan artículos esenciales de los cuales hay escasez; se desaprueban las compras a crédito y por cuotas; se estimula la cancelación de créditos hipotecarios y la cancelación de deudas comunes como estímulo al ahorro; se restringen las compras excesivas, etc. y muchas otras medidas encaminadas a detener los malsanos efectos de la inflación monetaria, y conseguir el más razonable equilibrio en la producción y los consumos, son hechos subordinados a la "Economía dirigida", con apoyo de la "Ra-

cionalización" intervenida por el Estado, que los pueblos de este Continente, guardadas proporciones, tendrán que imitar, restringiéndolos o ampliandolos lógicamente, si no quieren perecer en el torbellino de los acontecimientos y las influencias externas. Intempestivamente todas las naciones de este homisferio se sienten colocadas dentro de un periodo de transición excepcional entre los antiguos ordenes económicos y jurídicos y los que hoy están imponiendo algunas situaciones sociales impresentidas.

Surge de aquí, en lo interno de cada país, una enconada lucha en la cual los contendientes pugnan, desde sus respectivos puntos de vista, unos, por mantener el orden anterior, y otros, por imponer uno nuevo. Los primeros son los representantes directos e indirectos de grandes y respetables intereses que progresaron al favor del orden social preestablecido y asentado en las libertades sin restricciones; y los segundos, también representan intereses semejantes a los anteriores, pero con altruismo edificante aspiran a colocarse en zonas de seguridad, y por ello, se les encuentra al lado de la gran mayoria de los industriales, del tren burocrático, de las masas campesinas, de los empleados y asalariados, y, en general del consumidor.

En Colombia, esta litis de proporciones desconocidas tiene como Juez al Parlamento que en su sabiduria sabrá impartir le soluciones adecuadas y justas, o resignarse a caer en el reducto de las cosas inútiles, porque asi lo exigen terminantemente la Patria y las conveniencias generales.

Cuando entre nosotros alguien tiene el valor civil de hablar de "Economía dirigida" e intervenida por el poder público o de cualquiera otra orientación que tienda a modificar lo existente, aparece un sector social que se siente lastimado, y que equivocada o interesadamente cree, sin aducir razones, que el país se prepara a transitar las sendas enmarañadas del bolchevismo. No, señores, ya se ha dicho que la "Economía dirigida" e intervenida por el Estado, es el último reducto que exímios pensadores, amargados por el desconcierto universal, le asignan a la economía capitalista, en atención a que practicada con recia y razonable voluntad la nueva Economía termina con la lucha de clases.

EL INTERVENCIONISMO DE ESTADO

Al viejo intervencionismo, como lo denominan familiarmente los especialistas en la materia, se le atribuye, con desdén por unos, y con franca simpatía por otros, un profundo origen socialista.

Pero su papel en la vida pública, obrando discreta pero eficazmente al lado de las instituciones más individualistas, es en extremo interesante. Conformado en la fórmula jurídica de que el interés particular cede ante el interés social, ha sido en algunas épocas el principal baluarte del Estado contra las irrupciones descomedidas de las libertades ciudadanas. Asi lo encontramos en las brillantes instituciones de la antiguedad romana, pasa por la edad media, discurre en la era de la reforma y se localiza en el derecho positivo que surgió de la Revolución francesa, conformado en la utilidad pública y el interés social.

En la actualidad se nos presenta con su nombre de pila, sin ropajes extraños, al lado de la "Racionalización", consagrado en la Constitución política de Colombia y en la de otros pueblos, en una fórmula que pudiéramos llamar de salud pública.

Contra la intervención del Estado en asuntos reconocidos en las legislaciones modernas como de la exclusiva competencia del ciudadano, se argumenta con olvido de las nuevas tendencias sociales, que ella hiere o lesiona la libertad que debe dominar en este campo; que el funcionarismo no siempre está servido por las mejores capacidades de un país, y que a la larga el Estado omnipotente culmina en la más odiosa tirania. Pero al respecto cabe expresar que cuando el intervencionismo se adopta como elemento complementario de la "Racionalización" de la producción y los consumos de riquezas, no quebranta en los regímenes democráticos ninguna activi.

dad individual legítima, ni derecho alguno. Simplemente se persigue encauzar con él los incentivos económicos por las líneas de mayor productividad y de respeto al ajeno obrar, actualizando la propiedad privada en beneficio particular y social, a fin de proteger al gran conglomerado consumidor de especulaciones odiosas, y al productor, de la ruina a que lo lleva irremisiblemente la libre concurrencia o competencia tanto interna como externa.

Es realmente cierto que el funcionarismo no representa en todo tiempo las más altas capacidades de un pueblo en el manejo de la cosa pública, especialmente en las democracias jóvenes de la América latina; pero también lo es que la función crea el órgano, y que en fuerza de la necesidad de servir bien los intereses nacionales, la selección se vá obteniendo automáticamente con el andar del tiempo.

En el Estado de derecho, el poder público obra y debe obrar de conformidad con las normas jurídicas que determinan las relaciones entre ciudadanos, entre éstos y el Estado, entre éstos y los antes colectivos llamados aquí Municipios y Departamentos; de manera que es temor infundado el que se expresa en la idea de que mediante la intervención del poder público en la dirección y funcionamiento indirecto de las economias privadas, éste tiránice. Aquí tenemos la experiencia histórica además, de que las tiranias no prosperan.

De otro lado, si es verdad que en el logro de los fines del particular domina, por regla general, al principio de la libertad, lo que dá ocasión a que el derecho correspondiente sea libremente renunciable y en el de los fines públicos interviene el de la necesidad, lo cual determina la obligatoriedad del fin, en ocasiones acontece que la libertad se vea intervenida por la necesidad, por el bien público, y entonces, como sucede en los prospectos de la "Economía dirigida" con intervención del Estado, el interés particular cede ante el interés general. Prima, en este caso, el régimen de "status" sobre el régimen de "contrato", y el intervencionismo se produce en orden al imperium, como una emanación de la soberania que radica en el Estado, representante exclusivo de la colectividad políticamente organizada.

III

LOS PETROLEOS COLOMBIANOS, ANTE LA ECONOMIA DIRIGIDA

En las postrimerias de la Administración del señor doctor Santos, el señor Ministro de Minas y Petróleos sometió a la consideración del Congreso Nacional, un interesante proyecto de ley por la cual se "racionaliza" la industria del petróleo con intervención del Estado.

Aunque en tal proyecto no se alude explícitamente a la "Economía dirigida", la locución "se racionaliza" que en él se emplea, especialmente en la exposición de motivos, es sinómina científicamente de esta Economía, lo que además se corrobora al examinar los medios y fines con los cuales interviene el Estado en las economias privadas que exploran y explotan los hidrocarburos.

Por tanto, es muy puesto en razón, reconocerle al inteligente Ministro de Minas y Petróleos, haber formulado y orientado esta iniciativa parlamentaria en los conceptos económicos, jurídicos y sociales de última hora, aún cuando en ella, como podremos observarlo más adelante, se adviertan lunares.

La obra que entramos a analizar no hay duda que armoniza a cabalidad con nuestro derecho positivo en vigor.

Desde 1936, Colombia consagró en su régimen constitucional, los principios y métodos económicos en marcha y sobre los cuales hemos discurrido. Desde entonces, el Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas o privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas; y consecuente la Administración ejecutiva del señor Dr. Santos con este nuevo orden institucional, se pronuncia en la exposición de motivos que acompaña el proyecto, contra la estructuración económica que alienta en las

leyes orgánicas de los hidrocarburos y sus derivados. Hace implícitamente una severa crítica de los fines industriales perseguidos en dichas leyes; pone al descubierto las deficiencias reconocibles hoy en las doctrinas del "liberalismo económico"; muestra los nuevos horizontes a seguir en las ciencias de las riquezas; sugiere nuevas concepciones jurídicas; descubre y asigna el estancamiento de la industria del petróleo a las prácticas económicas en vigor, y en una palabra, pide al Parlamento legislar en la materia con aplicación de nuevos criterios económicos y jurídicos.

En uno de los más interesantes pasajes de la exposición de motivos, dice el Ministro; "La experiencia del gobierno en los diez años de vigencia de las leyes del petróleo le han demostrado que la organización jurídica en esta industria no responde cabalmente a los fines para que fue dictada. Puede decirse que el legislador se propuso con la reglamentación de la industria facilitar la contratación de los petróleos del Estado, hacer expedito el reconocimiento de la propiedad particular, evitar la constitución de reservas... y estimular la producción. Pero desgraciadamente las previsiones del legislador no se han visto cumplidas".

INOPERANCIA PRACTICA DE LA LEGISLACION COLOMBIANA SOBRE PETROLEOS

De lo que acabáis de escuchar se deduce claramente que el gobierno se ha dado exacta y cabal cuenta de la inoperancia, en la práctica, de las leyes regulativas de la industria de los hidrocarburos, y del mal estar económico que en esto acarrea al país.

Pero en el particular es quizá más diciente el desastroso proceso que se ha surtido en muchos años en los petróleos nacionales.

En efecto. nadie pone en tela de duda la existencia de inmensos yacimientos petrolíferos situados en distintos puntos del territorio nacional. Al contrario, este hecho lo confirman ampliamente multitud de estudios de carácter esencialmene técnico formulados por el Estado y por muchas compañías vivamente interesadas en esta riqueza; un crecido número de contratos sobre exploraciones y explotaciones de hidrocarburos, concluídos entre el Estado y los representantes del capital privado, y muchos convenios celebrados entre éstos y los propietarios particulares; y con mayor rigor demostrativo, las explotaciones que con perfecto éxito adelantan, la Tropical Oil Company en infantas, y la Colombian Petroleum Company en Catatumbo. Sin embargo, la industria de los petróleos nacionales tras una larga y penosa gestación de ensayos y tanteos en que hubo de recurrirse hasta los consejos de la técnica extranjera, todavía no juega papel siquiera de relativa importancia en el país.

Merced al desgreño científico y a la notoria desorientación legal en la materia, el propietario privado de los petróles se ha quedado soñando con riquezas que no ve llegar jamás; y el Estado durante veinte años contables de 1921 a 1941, sólo ha recibido por concepto de ingresos de tan soberbia industria, la cantidad de 31.221.147.98 de pesos en moneda colombiana.

Fácilmente se comprende que esta suma escasamente habrá compensado en parte, lo que el propio Estado ha tenido que sufragar en los mismos veinte años por servicios de policia, higiene, etc. para mantener el orden público en los centros de trabajo y la protección de la salud de los trabajadores, y por la crecida nómina de empleados indispensables para la evasión de los asuntos oficiales adscritos a la industria.

Después de haberse celebrado por el capital privado extranjero muchos contratos de concesiones y hartos negocios con los particulares, en los cuales se comprenden vastas zonas de nuestro territorio, las explotaciones efectivas de los hidrocarburos están circunscritas hoy a 8400 hectáreas en todo el país.

Explica suficientemente esta circunstancia, que la nación ha venido obrando con largueza imprudente, especialmente en la

contratación oficial, al otorgarle a los concesionarios de las explotaciones, derechos sobre inmensas zonas territoriales que fluctúan entre cinco mil, cincuenta mil y cien mil hectáreas para cada contratante, con menoscabo de otras industrias íntimamente vinculadas al suelo. También explica con abrumadora elocuencia el hecho apuntado, la razón por la cual Colombia sólo aportó a la producción mundial del petróleo, que fue en 1941 de 2.250.929.625. barriles, la exigua cantidad de 24.639. 625 barriles, es decir, el 1.09 % de la producción general. En cambio, Venezuela, para no citar otros paises de menor importancia petrolífera, concurrió el mismo año de 1941, con 222.901.864 barriles, esto es, con el 9.90 % de dicha producción universal; y aún dando por descontado el factor transportes en que es privilegiada por la naturaleza Venezuela en relación con los petróleos que explota, la comparación lleva al ánimo alarmante inquietudes en lo que toca con Colombia.

Hasta ahora hemos alardeado en demasía al rededor de nuestra riqueza petrolífera, lo mismo que hemos hecho con candidez mental poco envidiable en torno a todas las riquezas naturales del país; más examinad señores, con atención cuidadosa la legislación nacional, y encontraréis en toda ella un resaltante complejo de inferioridad, en razón del cual se le arrebata al colombiano el derecho de disfrutar con holgura de las riquezas de su propio suelo, y de obtener de ellas su propio bienestar y el de la sociedad que le vió nacer. El colombiano no cuenta para nada en las leyes del país al respecto y en estas cosas, porque son tan grandes que lucen mejor en manos extranjeras.

Para justificar tamaño desacierto nos han dicho que aqui no hay capital suficiente para empresas de tanto vuelo ; pero los hechos recientes de la vida y el mundo le van dando un terrible vuelco a estos prejuicios de origen autóctono. Ya estamos viendo que el capital representado en divisas extranjeras, hoy es algo y mañana puede quedar convertido en cero. El becerro de oro, desnaturalizado en las divisas, de la antigua concepción judía, perturba aún, pero no alimenta a las gentes; y ya observamos algún día como ese capital que aquí no hemos querido fabricar por reverencial temor al que nos viene de fuera por nuestros petróleos y el café, puede conducirnos a muy desagradables sorpresas. Las cosas están cambiando con la rapidez del rayo.

Ha llegado la hora de cambiar previsivamente riquezas tangibles por riquezas objetivas necesarias, claro que sin desdañar todavía en los cambios el medio circulante de otros pueblos, pero con audaz previsión. Ha llegado para nosotros como para las demás naciones del orbe, un periodo caótico y de amarga desventura; pero si obramos con cordura, despojados de pasiones mezquinas, seguramente podremos salir airosos, fuertes y ricos de este proceloso mar de pasiones, de intereses reñidos, oteando los puntos cardinales por donde el viento fluye sin borrascas ni tormentas.

MEDIOS Y FINES DE LA LEY EN PROYECTO

El proyecto que estamos analizando se inspira indudablemente en un nuevo orden de cosas que reclama atención preferente del Estado, y en las modernas nociones de justicia y seguridad individual y social. En él se adoptan medios especiales enderezados a la consecuencia de altos fines.

Son medios: 1º La modernización de la estructura económica y jurídica que actualmente se recoge en las leyes del petróleo; 2º La determinación de un nuevo ambiente jurídico para la confrontación de la propiedad de los petróleos del Estado y de los particulares; y 3º La nacionalización de los contratos privados sobre exploraciones y explotaciones de hodrocárburos.

Con el primero de estos medios, según se ha expresado antes, se busca renovar los conceptos económicos y algunos principios jurídicos que albergan en las leyes vigentes, substituyéndolos con la "racionalización" intervenida por el Estado; su-

perando aquellos conceptos y principios a los cuales venia apegado con amor intenso el país.

Con el segundo, se persigue restaurar el ritmo del derecho común en la solución de los litigios entre el Estado y los particulares por la propiedad de los hidrocarburos, suprimiendo los juicios breves y sumarios que en la actualidad se surten ante la Corte Suprema de Justicia.

En nuestro sentir, este medio escogido por el señor Ministro de Minas y Petróleos es inadecuado. No aporta al problema de los litigios la solución de fondo deseable y deseada. Sólo vuelve estas cuestiones a su antiguo carril judicial.

La experiencia fijada en los Tribunales de justicia y las conveniencias públicas y privadas, piden con clamor irresponsable que sea la ley la que difinitivamente resuelva la enojosa situación jurídica de los títulos referidos a hidrocarburos y frente al Estado. Si en estricta justicia se ve la necesidad de otorgarles valoración jurídica a esas titulaciones tachadas hoy de grandes deficiencias, nada más puesto en razón que señalar en la ley un hecho histórico— jurídico que las afiance ante el Derecho. De este tenemos un luminoso antecedente en la llamada ley de Tierras.

Allí, para darle consistencia legal a los títulos sobre superficies, se partió de la fecha en que el Libertador expidió su célebre Decreto reconociendo la propiedad territorial privada, y se hizo alusión a la ley de 13 de junio de 1821.

Más, si no hay equidad en tal reconocimiento, si a todas luces es inconveniente que el Estado se desprenda en favor de algunos particulares de la propieded de un petróleo que legítimamente le pertenece con exclusión de cualquiera otro derecho, pues entonces, que así declarare, de una manera que impida el fomento de los pleitos indicados.

Por último, el tercer medio adoptado en el proyecto, en que se relaciona con la nacionalización de los contratos del petróleo particular, constituye un apoyo necesario para los propietarios poco versados en esos negocios.

Indiscutiblemente entraña un visible recorte de la libertad jurídica de contratar pero que se compensa con creces, porque de este modo se premune al ciudadano de caer en negocios perjudiciales para su patrimonio, dada la reconocida habilidad de los negociantes extranjeros y de los intermediarios colombianos en estas cuestiones. El estado asume así una especie de tutela sobre el individuo — y de esto hay muchos indicios en la antigua legislación romana—, con mejor información que éste, con mayor capacidad y representación para contratar en directo beneficio particular y social. Si para proceder tan generosamente necesita intervenir, presenciaremos señores, una bella, una halagadora y constructiva intervención del Estado.

Vistos los medios de que se sirve el proyecto, claramente se comprenden sus fines dirigidos a conseguir de la industria de los hidrocarburos y sus derivados, los mayores rendimientos posibles para la economía nacional, con el concurso de los sistemas de la "Economía dirigida", concretados de la "Racionalización" intervenida por el Estado. Más si con esta formidable iniciativa parlamentaria se inician cambios fundamentales en los principios y prácticas usuales de la economía nacional, y se superan algunas doctrinas jurídicas actuantes, sorprende sí, que allí no se reglamenta íntegramente la materia petrolífera. Por el contrario, se dejan subsistentes muchos preceptos de la legislación en curso, en los cuales anida con intensidad desconcertante el clasicismo económico tan valientemente combatido en la exposición de motivos del proyecto.

Si como es de esperarse se adopta en la industria del petróleo la "racionalización" intervenida, seguidamente tendrá que implantarse en todo el sistema industrial de la nación; y cuando este hecho ocurra, ya habrá que pensar si es prudente que el Estado continúe otorgando en las concesiones al capital privado, derechos sobre cientos de miles de hectáreas, lo cual obstaculizaría el desarrollo racionalizado de otras industrias vinculadas al suelo, tales como la ganadería, la agricultura, la ex-

tractiva de metales, etc. sobre las cuales hoy tiene primicia legal la de los hidrocarburos, en virtud del precepto de utilidad pública sin reservas que existe en favor de ésta y que el proyecto del gobierno deja en vigor.

En fin, el proyecto tiene muchos detalles que demandan corrección, pero estos lunares no empequeñecen el majestuoso vuelo de inteligencia que en él brilla.

En sus líneas generales se captan con envidiable sabiduría los horizontes señalados a las sociedades humanas que no quieren perecer por inacción en esta hora de renovaciones, se sugieren nuevos conceptos de justicia en la formación del derecho positivo que lastiman el tradicionalismo alojado en todo espíritu, pero que conjugan los nuevos derroteros de la vida.

SALA PLENA

DECRETO ACUSADO NUMERO 1411 DE 1937, REGLAMENTARIO DEL ARTICULO 3º, LEY 160 DE 1936, SOBRE PETROLEOS

Habiendo sido derogado el Decreto acusado por el artículo 12 del Decreto Nº 1694 de 1939, carece la Corte de materia sobre la cual resolver.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, veintitrés de julio de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

El señor Gonzalo Mora, en ejercicio de la correspondiente acción pública, presentó a la Corte demanda de inexequibilidad del Decreto número 1411 de 1937, reglamento del artículo 3º, Ley 160 de 1936 sobre petróleos.

Dicho decreto, el cual consta de un solo artículo, y trata de la extensión de terrenos petrolíferos que puede conceder el gobierno a cada persona natural o jurídica para la exploración y explotación de petróleos y sobre el derecho a obtener por traspaso uno o varios contratos de esa clase, "hasta completar las cincuenta mil (50000) hectáreas autorizadas por la ley para estos casos".

Al corrérsele traslado de la demanda opinó el señor Procurador General de la Nación que el Decreto acusado es exequible pues "no infringe ninguna de las disposiciones de la Constitución Nacional",

Correspondería ahora a la Corte entrar en el examen del problema, pero ocurre que luego de dar su vista la Procuraduría, el Gobierno dictó el Decreto número 1694 de 1939 por el cual reglamentó de nuevo y detalladamente la materia; el artículo 12 de este Decreto derogó además, expresamente, el 1411 acusado, como puede verse en el número 24156 del DIARIO OFICIAL que en ejemplar autenticado por el Ministerio de Gobierno se trajo al expediente; allí aparece publicado el Decreto por medio del cual se degoró el que había sido acusado.

Por tanto la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena DECIDE que no es el caso de declarar exequible o inexequible el artículo único del Decreto número 1411 de 1937 demandado como inconstitucional, porque habiendo sido derogado dicho decreto carece ya de materia sobre la cual resolver..

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial. . . . . .

Campo Elías Aguirre. — José Miguel Arango. — José Martín Blanco Nuñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Isaías Cepeda. — Liborio Escallón. — Absalón Fernández de Soto. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez. — José Antonio Montalvo. — Hernán Salamanca. — Arturo tapias Pilonieta. — Pedro León Rincón Srio. en pdd.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SIMULACION

Cuando la sentencia es totalmente absolutoria y el tribunal no ha descartado ninguna de las peticiones que se han hecho en la demanda, exprofeso, ha de entenderse que todas ellas fueron estudiadas y falladas, puesto que jurídicamente no puede haber exceso o defecto en la parte resolutiva de una sentencia totalmente absolutoria.

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

(Ponente: Magistrado Doctor José Miguel Arango)

Origen del Pleito

Liduina Rojas de Vargas demandó a Guillermo Vargas C. y a Dante Biagi, para que hicieran las siguientes declaraciones como principales:

Que es inexistente o absolutamente nulo el contrato celebrado entre Guillermo Vargas C. y Liduina Rojas de Vargas, por escritura pública número 1747, de 18 de diciembre de 1936, por ser simulado o de confianza; que por tal motivo se declare nulo el contrato de hipoteca celebrado entre Guillermo Vargas C. y Dante Biagi, porque aquel no había adquirido el dominio de la casa materia de la demanda; que se declare que esta casa no ha salido del patrimonio de la demandante, ni ha entrado al patrimonio del demandado; que se condene a Vargas a devolver a la demandante la casa libre de todo gravámen, con los frutos civiles o naturales percibidos o que han de percibirse; que se declare al demandado como poseedor de mala fé; que se le condene al pago de las costas del presente juicio; que declarada la simulación del contrato de compraventa de que trata la demanda, se deje vigente la parte última de la escritura que dice: "Que de su libre y espontánea voluntad declaran resuelto en todas sus partes el contrato que suscribieron por escritura pública número 1343 de la cual por orden de los otorgantes no se tomó copia y por consiguiente quedó sin registrar, escritura y contrato, que quedan sin valor alguno.

Subsidiariamente:

Que por no haber pagado Vargas realmente el precio de la venta a que se refiere la escritura número 1747, se declare resuelto ese contrato y se condene a Vargas a las prestaciones subsiguientes; que se condene a Vargas a pagar la suma de $ 12.000 como valor de los perjuicios; que se declare nulo el contrato consignado en la escritura número 710, en cuanto se relaciona con la hipoteca a favor de Dante Biagi, porque este al celebrar dicha hipoteca, lo hizo a sabiendas de que Vargas no era dueño del inmueble por no haber pagado su valor. Pidió asimismo la cancelación de la escritura de hipoteca y el registro de la misma y la condenación en costas del señor Biagi.

El Juez del conocimiento, en proveído de 26 de febrero de 1940, no hizo ninguna de las declaraciones principales ni subsidiarias de la demanda, y absolvió, en conse-

cuencia, a los demandados de todos los cargos contra ellos formulados.

Apeló la parte actora, y el Tribunal Superior de Bogotá, en decisión de 23 de junio de 1941, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada y condenó al actor en las costas de la segunda instancia.

Para llegar a esta conclusión el fallador conceptuó que la acción ejercitada en el presente juicio, como principal, fue la de nulidad o inexistencia del contrato de compraventa por causa de simulación, y que ese contrato no está afectado por incumplimiento de los requisitos que la ley exige para la validez de un pacto, cuales son: Capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos.

Desplazándose el sentenciador hacia otro ángulo, conceptuó igualmente que si se trataba de una simulación relativa no había prueba de ella que constara en un contradocumento o contraescritura, que no existía prueba de confesión, ni principio de prueba por escrito, y que en ausencia de estas comprobaciones no se podía llegar ni a considerar ni a decretar la simulación relativa.

RECURSO

La demandante interpuso el respectivo recurso de casación, que le fué admitido y que hoy se decide por estar preparada su sustanciación en debida forma.

Alega como causales la primera y segunda de las determinadas en el artículo 520 del Código Judicial.

El primer reparo lo sustenta así el recurrente:

"De autos existen pruebas o indicios graves y suficientes para demostrar, o la simulación o la resolución del contrato por falta de pago, y al afirmar el tribunal que no se ha demostrado en manera alguna ni la simulación ni la falta de pago, ni ninguna de las exigencias de la ley para poder fallar favorablemente la súplica que contiene la demanda, incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, pues dejó de apreciar las pruebas que en seguida indicaré, y en error de derecho en la apreciación de esas mismas pruebas".

Ellas son estas: La escritura número 1343 de 7 de octubre de 1936 en que consta el contrato de compraventa celebrado entre Guillermo Vargas y la demandante; escritura número 1747 en la cual hacen aparecer las partes un contrato distinto del contenido en la escritura 1343, pero en el fondo uno mismo disfrazado para obtener determinados fines.

Estos dos contratos, dice el recurrente, establecen sin la menor duda la prueba escrita que echa menos el Tribunal, si se estudian en su fondo ó en su espíritu de acuerdo con la disposición del artículo 1618 del Código civil.

Para rebatir ese capítulo de acusación, le basta a la Corte afirmar que el fallador de Bogotá estudió en su sentencia las escrituras mencionadas, en cuanto ellas podían considerarse como pruebas de la simulación, es decir como contraescrituras o contraestipulaciones, y de ese estudio concluyó que a ellas no se les podía dar ese valor, lo que está pregonando que el Tribunal sí las apreció, contradiciendo así lo afirmado por el recurrente en su glosa a la sentencia recurrida. El estudio al respecto corre a las páginas 20 v. 21 y 21 v. del respectivo fallo.

Considérase igualmente que el Tribunal no apreció las posiciones absueltas por el demandado que constituye una confesión, respecto de la simulación del contrato, como puede verse de las respuestas dadas a las preguntas novena, once, doce, catorce y diez y siete, por lo cual incurrió en un verdadero error de hecho.

Es cierto que el sentenciador no estudió especialmente las confesiones a que se refiere el recurrente porque conceptuó que "si esos datos o indicios, (se refiere a las confesiones) probatorios pudieran reunirse o intentarlo siquiera, menester habría sido que la acción se hubiera ejercitado por simulación relativa, no absoluta, en cuyo caso el estudio habría habido que enderezarlo a establecer si había habido donación que por haberse hecho sin insinuación ella fuera inválida de $ 2.000 en adelante".

Como se vé, el Tribunal se abtuvo de apreciar las confesiones a que dice relación

el recurrente, porque consideró que se trataba de una nulidad absoluta, por simulación y no de una simulación relativa, fundamento este que el recurrente no ha intentado siquiera atacar.

Por vía de disputa, puede aceptarse que el sentenciador no apreció esas confesiones, pero esa falta de apreciación no sería suficiente para infirmar el fallo, porque las respuestas dadas por el demandado a las preguntas hechas por la demandante, en posiciones, está lejos de ser confesiones respecto de la simulación del contrato demandado.

En efecto, dice la posición novena: "Cómo es cierto sí o nó, que para darle mejor apariencia de verdad al contrato consignado en la escritura número 1343 otorgada ante el notario 5º de esta ciudad el 7 de octubre de 1936 el absolvente y la peticionaria acordaron y convinieron en declararlo resuelto y sin valor cambiándolo por el que se hizo constar en la escritura número 1747 otorgada el 18 de diciembre de 1936 ante el mismo notario?" Contestó: "Es cierto que el contrato 1747 sustituyó al 1343 pero no para darle apariencia en verdad, sino con el fin de evitar un impuesto fiscal que debía pagar yo, ya que los términos de la escritura número 1343 están acordes con la verdad del contrato".

"Décima- Cómo es cierto sí o nó, que el absolvente no pagó a la peticionaria en ninguna clase de moneda el valor de la casa de que trata este juicio por dos razones: porque no tenía dinero en ninguna entidad bancaria ni en billetes en su poder, y porque el contrato con relación a la finca fué de mera confianza y por lo tanto no se traspasó el dominio al absolvente? "Contestó: "No es cierto que yo no haya pagado el valor de la casa. Yo lo pagué en los términos en que dí contestación a la pregunta octava del interrogatorio, y no es cierto que el contrato fuera de mera confianza, pues fué real y efectivo".

Estas preguntas son las más importantes del interrogatorio y fueron contestadas negativamente. Igual cosa sucede con las preguntas tercera, novena, décima y séptima de las rendidas extra juicio, la Corte las ha examinado y no encuentra respuesta alguna que equivalga a una confesión de ser simulado el contrato que hoy está sub-judice.

Como consecuencia de esta pretendida mala apreciación de pruebas, considera el recurrente que se han violado los artículos 1494, 1502, 1740 y 1849 del Código Civil.

Si las respuestas a las posiciones antedichas no constituyen confesión respecto de la simulación del contrato, que hoy se discute judicialmente, no habrá ocasión para decir que los artículos citados hubieran sido quebrantados, disposiciones,que por otra parte, no inciden en el recurso porque ellas disponen, cómo nacen las obligaciones; qué requisitos se necesitan para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad; qué actos o contratos son nulos por faltar alguno de los requisitos que la ley prescribe para la validez de ese acto segun su especie o la calidad o estado de las partes; y qué se entiende por compraventa.

La segunda causal invocada consiste en que la sentencia del Tribunal no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas y la hace consistir "en que no obstante que las peticiones que contiene la demanda, formuladas como principales y subsidiarias fueron demostradas, tanto el juez como el Tribunal las declaró improcentes y contradictorias las subsidiarias, violando así el artículo 472 del Código Judicial y las disposiciones sustantivas respectivas y anotadas desconociendo así el derecho claro que me asiste para hacerlo".

La corte repite ahora lo que en multitud de fallos ha dicho respecto de la segunda causal. Cuando la sentencia es totalmente absolutoria, y el Tribunal no ha descartado ninguna de las peticiones que se han hecho en la demanda, exprofesamente, ha de entenderse que todas ellas fueron estudiadas y falladas, puesto que jurídicamente no puede haber exceso o defecto en la parte resolutiva de una sentencia totalmente absolutoria.

Se rechaza el cargo.

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

1- No se infirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha junio veintitrés de mil novecientos cuarenta y uno.

2- Impónense las costas del recurso al recurrente.

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

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

ACCION DE EXCLUSION DE BIENES DE UNOS INVENTARIOS

1.—Es doctrina constante de la Corte la de que la diligencia de inventarios es una simple relación de bienes relictos que no quita ni confiere derechos. La simple inclusión de bienes en los inventarios de una sucesión no es prueba del dominio sobre ellos. Estas doctrinas no son sino la aplicación de los artículos 475 y 1310 del C. C., por cuanto el dominio de las cosas sólo se adquiere de la manera establecida por la ley, o sea, por los cinco modos a que se refiere el artículo 673 de esa obra: ocupación, accesión, tradición, sucesión por causa de muerte y prescripción. 2.—La confesión no suple el modo de hacer la cesión porque ésta sólo puede hacerse en los términos establecidos por el artículo 33 de la ley 57 de 1887. Luego la inclusión en una relación de bienes o en unos inventarios, de un crédito cedido por el *de cujus*, no destruye ni desvirtúa ni la cesión ni el contrato que sirve de título a la cesión. 3.—La relación sucinta que de los bienes relictos hacen los interesados cuando se inicia una sucesión, al tenor de lo dispuesto por el artículo 29 de la ley 63 de 1936, tan distinta del inventario de los mismos a que se refiere el artículo 34 de la misma norma, no puede tener un carácter de irrevocabilidad absoluta porque esa relación sucinta es para dar una idea más bien general de los bienes que componen el acervo hereditario, pero no es la base inmodificable ni de los inventarios ni menos de la partición, porque muy bien puede suceder que en las diligencias dentro del juicio de sucesión lleguen los herederos a conclusiones distintas o que no cuadren exactamente con la relación sucinta del artículo 29.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Carlos Arcila S., fundado en los siguientes hechos, plenamente comprobados en los autos, entabló demanda ordinaria de que se hará referencia luego.

Ante el Juzgado de Circuito de Girardota promovió Juan de Dios Arango juicio ejecutivo contra Pablo E. Jiménez por suma de pesos. A este juicio introdujo tercería coadyuvante Rafaél M. Arcila S., padre del demandante, por la suma de $ 2.500. En curso el juicio, este crédito le fué cedido, en su carácter de derecho litigioso, al actor Carlos Arcila S., mediante memorial de fecha 21 de mayo de 1.936, y por auto de 30 de junio del mismo año se declaró a éste legalmente subrogado en tal crédito.

Muerto Rafaél M. Arcila, al iniciarse su juicio de sucesión, se acompañó la lista de los bienes dejados por él, firmada por sus herederos, entre otros el demandante, en la cual se hizo figurar el crédito contra Pablo E. Jiménez. Con fecha 14 de octubre de 1.936 se practicó el inventario solemne de los bienes y bajo el muneral 11 se relacionó el crédito contra Jiménez, y de esta inclusión reclamó Arcila. La relación al respecto, hecha en el inventario dice así: "11-Un crédito hipotecario en contra de Pablo Emilio Jiménez y en favor de la sucesión por la suma de dos mil quinientos pesos y sus intereses, crédito este que aparece cedido a favor del señor Carlos Arcila S. y que como éste lo reclama como suyo y no de la sucesión, no fué avaluado por los peritos ni entra al inventario, porque en efec-

to figura en juicio de Arcila, reclamante, contra el deudor Jiménez".

Se dió traslado de la diligencia de inventarios, y ninguno de los interesados la objetó. El Síndico del Lazareto de Girardota liquidó el acervo herencial sin comprender el crédito contra Jiménez y aunque trató de computarlo más tarde, mediante petición del actor, lo excluyó de la liquidación.

Los interesados en la sucesión de Rafaél Arcila, con excepción del demandante, solicitaron inventario adicional con el fin de incluír el crédito contra Jiménez. La diligencia se llevó a cabo el 6 de febrero de 1.937, se incluyó el crédito y el demandante dejó esta constancia: "En cuanto al crédito de Pablo Emilio Jiménez, inventariado en el activo de esta diligencia, manifiesta el mismo heredero Carlos Arcila, que se opone a él, por cuanto que es de su pertenencia y no de la sucesión".

En virtud de lo anterior, y habiéndo quedado incluído el mencionado crédito, Carlos Arcila S. instauró acción ordinaria contra los herederos y el cónyuge superstite de Rafaél M. Arcila para que se declare que es dueño del crédito y en consecuencia se excluya de los inventarios adicionales y se levante el secuestro de él.

Los demandados se opusieron a las peticiones de la demanda y propusieron algunas excepciones.

El **Juez a que** — sentencia de 4 de febrero de 1.941, resolvió que no hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones solicitadas por el demandante, quien apeló de la sentencia que fué confirmada por el Tribunal Superior de Medellín, 4 de agosto de 1.941, con una reforma consistente en que la sociedad conyugal disuelta debe restituír a Carlos Arcila la décima parte del crédito que adeuda al señor Pablo E. Jiménez.

Arcila S. interpuso recurso de casación, el que pasa hoy a resolverse.

El fallador de Medellín, teniendo en cuenta que el demandante firmó la relación de bienes de que se ha hecho mérito, que en posiciones confesó que no dió dinero por el crédito sino que su padre se lo cedió para pagarle los servicios personales que le prestó, y algunas declaraciones en que varios testigos afirman que Arcila C. les dijo que la cesión había sido hecha con el objeto exclusivo de cobrar el crédito, concluyó que estaba demostrada la simulación y se expresó así: "De esta manera tenemos una prueba compuesta. Analizando separadamente cada medio probatorio pueda que no tenga el efecto de prueba fehaciente, plena, pero en su conjunto suministran al fallador una presunción absoluta de simulación".

Este en difinitiva, es el fundamento de la sentencia.

Señala el recurrente en primer término como violados los artículos 475 y 1.310 del C. Civil, y la Corte considera al respecto:

Al referirse a los textos citados e interpretarlos, esta Corporación ha sostenido la constante doctrina consistente en que la diligencia de inventarios es una simple relación de bienes relictos que no quita ni confiere derechos (sentencia de 22 de julio de 1.938, G. J. Nº 1940. Tomo XLVII).

En fallo de 9 de marzo de 1.931 (G. J. Tomo XXXVIII, Nº 1877, Pág. 548) sostuvo la Corte que la simple inclusión de bienes en los inventarios de una sucesión no es prueba del dominio sobre ellos y se expresa así: "Si como demostración plena del dominio se refiere el hecho de la inclusión del inmueble en los inventarios del abintestato de la señora quiñones de Riomaña, la Corte no encuentra el error de hecho ni de derecho, como quiera que la propiedad de los inmuebles solo se puede establecer por los medios legales, entre los cuales no se hallan los denuncios dados al practicar los inventarios de los juicios de sucesión, ni la simple inclusión en ellos de los bienes denunciados".

Las anteriores doctrinas no son sino la aplicación de los artículos 475 y1.310 del C. Civil, por cuanto el dominio de las cosas solo se adquiere de la manera establecida por la ley, o sea por los cinco modos a que se refiere el artículo 673 de esa obra, ocupación, accesión, tradición, sucesión por causa de muerte y prescripción. Luego

la relación, no inventarios, que se hizo al Juez de la causa, firmada por el demandante, en que se incluía el crédito cuya exclusión impetra éste, no es prueba de que tal crédito corresponda a la sucesión intestada de Rafaél M. Arcila, tanto en virtud de los dos preceptos del Código Civil ya citados,como de lo dispuesto por el artículo 605 del C. Judicial, que contiene el principio de que para que la confesión sea válida, para que produzca sus efectos legales, es necesario que la ley no exija otro medio de prueba. Si, pues, la cesión de un crédito sólo puede hacerse en los términos establecidos por el artículo 33 de la Ley 57 de 1.887, es claro que la confesión no suple el modo de hacer la cesión, porque la ley lo determina expresamente. De donde se concluye que la inclusión en una relación de bienes o en unos inventarios, de un crédito cedido por el de cujus, no destruye ni desvirtúa ni la cesión ni el contrato que sirve de título a la cesión. La doctrina de la Corte que se transcribió arriba y en la que se sostiene que la inclusión de un inmueble en unos inventarios, no es prueba del dominio de éste a favor del causante, como quiera que la propiedad de los inmuebles sólo se establece por los medios legales, es apicable al caso presente porque la cesión de un crédito no se establece sino por los medios legales, artículo 33 que acaba de citarse, y por lo tanto la inclusión de un crédito cedido, en unos inventarios, no tiene la eficacia para volver a hacer entrar al patrimonio del de cujus, a la sucesión, el crédito que éste cedió.

Es, pues, recibible el cargo que se estudia, y la sentencia debe por lo tanto ser casada.

Para dictar la sentencia de instancia se considera: No se pronuncia el fallador de Medellín contra la validéz de la cesión, y en eso está en lo cierto, sino que estima que el contrato de cesión fué simulado, que se trata de una simulación absoluta.

Para llegar a esta conclusión tuvo como base fundamental la confesión que dice hizo el demandante en la relación de los bienes relictos que se presentó al Juez. Y esta es la base sobre la que edifíca su sentencia, pues las demás pruebas las tuvo apenas como colaterales.Por eso, sin duda, dice así: "Estos testimonios, repítese, sobre confesión extrajudicial no serían apreciables, si de otro lado no existiera una prueba literal sobre confesión del demandante".

A juicio de la Corte la relación suscinta que de los bienes relictos hacen los interesados cuando se inicia una cesión, al tenor de lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 63 de 1.936, tan distinta del inventario de los mismos a que se refiere el artículo 34 de la misma norma, no puede tener un carácter de irrevocabilidad absoluta porque esa relación suscinta es para dar una idea más bien general de los bienes que compone el aservo hereditario, pero que no es la base inmodificable ni de los inventarios ni menos de la partición, porque muy bien puede suceder que en las diligencias dentro del juicio de sucesión los herederos lleguen a conclusiones distintas o que no cuadren exactamente con la relación suscinta de que habla el artículo 29.

Además, la explicación que da el demandante es muy razonable: firmó una relación que fué escrita por una persona distinta de él, pero apenas le tocó intervenir cuando vino la oportunidad legal para el caso, pidió y obtuvo la exclusión del crédito, en lo que convinieron los demás herederos, que no objetaron los inventarios; y no fué sino en virtud de inventarios adicionales y contra la constancia expresa del demandado como el crédito quedó incluído. La actitud, pues, del actor fué positiva y constante dentro del juicio, lo cual, para la Corte resta la eficacia legal que pudiera darse a la firma del actor al pié de la relación suscinta de que habla el artículo 29 citado.

Entonces se concluye que la prueba fundamental de la simulación no existe y las colaterales o tangenciales a ésta, no tienen eficacia legal para demostrar aquél extremo.

El demandante declaró en posiciones que el crédito se lo cedió su padre Rafaél para retribuírle o compensarle sus servicios.

"Es cierto que me lo cedió, dijo el absolvente, pero en recompensa de muchos servicios que el absolvente me (sic) ha prestado o le había prestado". Contestación a la 8ª pregunta (fojas 24 del expediente). Si se toma esta declaración como confesión, sería indivisible al tenor del artículo 609 del C. Judicial y entonces susbsistiría siempre la cesión y el contrato y las consecuencias legales que de él se derivan y no podría deducirse en tal caso la simulación porque el hecho de que el pago se hubiera verificado para pagar servicios prestados, no induce simulación. Hubo causa y precio, como los hay en una dación en pago.

Suponiendo que la cesión hubiera sido por mera liberalidad, habría causa y esto la respaldaría, art. 1524 del C. Civil, y si se aceptara este extremo, que habría que acreditar previamente, se produciría entonces el efecto previsto por el artículo 1256 del C. Civil.

Descartada entonces, la eficacia legal de la firma en la relación suscinta de los bienes, y considerada la declaración del demandante en las posiciones, en la forma que acaba de hacerse, las demás pruebas, que son deficientes o incompletas, no dan asidero para concluír por el extremo de la simulación, y esto lo acépta el fallador de Medellín, el cual previo exámen del acervo probatorio, considera que la base de su conclusión, no es otra sino la eficácia que que él dió a la firma del demandante en la relación suscinta de que se ha hecho mérito y en el modo como estimó la declaración en posiciónes del actor. Las otras pruebas, como ya se ha dicho, no son sino colaterales, que reforzaron la conclusión del Tribunal de Medellín, basado en el modo como analizó y estimó las pruebas emanadas directamente del demandante Arcila.

Por último se observa: El demandante intentó la acción ordinaria de exclusión del crédito y el Tribunal falló como si se tratara de la acción de simulación. Bien es cierto que ha podido deducir ésta como excepción, pero estudiando primero la naturaleza de la acción sobre exclusión, y al concluír que prosperaba, estudiar y fallar la de simulación, como lo indica la tecnica. Aclaradas así las cosas, no prosperaría, caso de que se hubiera estudiado, la segunda causal de casación, por cuanto si es cierto que la acción incoada fué la de exclusión de un crédito, la parte demandada propuso la excepción de simulación, y así quedó trabada la litis contestatio, de lo que se concluye que el Tribunal, debía estudiar esa defensa y al concluír que estaba demostrada, aun cuando hubiera errado en la conclusión, como erró, a juicio de la Corte, la sentencia estaba en conformidad de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, valiéndo la pena observar que el numeral 2º del artículo 520 del C. Judicial, se refiere no sólo a las pretenciones del demandante sino a las del demandado, que están generalmente concretadas en las defensas o excepciones que propone.

Las demás excepciones propuestas no prosperan y quedan estudiadas al hacer el estudio del cargo que prosperó y al fundamentar la sentencia de instancia, que dicta la Corte.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil administrándo justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y REVOCANDO la de primera instancia, FALLA así el pleito:

1º- No están probadas las excepciones propuestas por la parte demandada;

2º- Declárase que Carlos Arcila S. es dueño del crédito hipotecario por dos mil quinientos pesos ($ 2.500) moneda corriente y sus intereses respectivos, en contra de Pablo E. Jiménez y a favor de Rafaél Arcila por habérselo cedido éste al demandante Carlos Arcila S.

3º - Exclúyese, por lo tanto, ese crédito, de los inventarios adicionales formados en la sucesión de Rafaél Arcila, y levántese el secuestro de ese crédito para lo cual se librarán el oficio u oficios que fueren del caso y se hará saber al deudor Jiménez

que para el pago de tal crédito debe entenderse con el acreedor Carlos Arcila S.;

4º- Sin costas en el juicio ni en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de su o r i g e n.

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

ADMISION DE UN RECURSO DE HECHO PARA OBTENER EL DE CASACION

La frase "por medio de un escrito" que contiene el artículo 522 del C. J. no indica que sea indispensable un memorial ad hoc para la interposición del recurso de casación, pues no puede negarse que la manifestación de interponer el recurso en el acto de la notificación reviste en realidad el requisito de ser por escrito dirigido al Tribunal. La exigencia de aquel artículo 522 es la de que no haya duda sobre que el recurso se interpone, pues mal podría darse por interpuesto mediante suposiciones o conjeturas, y no puede interpretarse de manera que existiendo inequívocamente tal manifestación pueda tenerse ésta por no hecha, como sucedería decidiendo sólo ante la falta de un memorial separado, el que, además, no podría más ni menos que consignar por escrito lo mismo que el abogado dijo y escribió en la citada diligencia de notificación del fallo recurrido.

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

(Ponente: Magistrado Dr. José Miguel Arango)

El Tribunal Superior de Cartagena, en decisión de 4 de febrero del año en curso, puso fin al juicio ordinario que Gustavo Miranda Vásquez adelantaba contra Nicolás Miranda Catalán, Alejandrina Miranda H. y Encarnación Catalán.

En 10 de febrero del citado año, el secretario del Tribunal notificó personalmente al doctor Enrique Rodríguez Diago la sentencia de que se ha hecho mérito, y en el momento de la notificación dijo que interponía el recurso de casación.

Vueltos los autos a la Sala de Decisión, ésta denegó el recurso de casación incoado, basándose en que no había sido interpuesto por medio de un escrito que la parte misma o su poderado, dirigiera el Tribunal que haya pronunciado la sentencia, de acuerdo con el artículo 522 del Código Judicial.

Contra este auto se interpuso el correspondiente recurso de reposición que el Tribunal no aceptó.

En el mismo memorial en que el doctor Rodríguez Diago fundaba su petición de reposición, solicitó las respectivas copias para recurrir de hecho ante esta superioridad.

El recurrente de hecho ha llenado las formalidades prescritas por los artículos 513 y 514 del C. J.

Como se vé, por lo atrás relacionado, el Tribunal se fundó para negar el recurso de casación, en que éste no se había interpuesto por medio de un escrito presentado por el apoderado del demandante y que la manifestación hecha en el momento de notificarse la sentencia, de recurrir de ella en casación no se amolda a las prescripciones del artículo 522.

El punto que ahora se estudia está resuelto por esta superioridad, en auto de cinco de febrero de 1941, que corre publicado en el número 1964 de la G. J., que en su parte pertinente dice así.

"Esta se funda, (la negativa) no en que la naturaleza del negocio o su cuantía se opongan, pues a estos respectos no hay óbice para conceder, sino en que no se formuló memorial con tal fin y el recurrente se limitó a la manifestación antedicha (la manifestación consistió en que al ser notificada la sentencia hizo constar que interponía el correspondiente recurso de casación). Entiende el Tribunal, escuchando los reparos de la contraparte contra la concesión

pronunciada inicialmente en auto infirmado por el que motiva el presente recurso de hecho, que aquello es procedente para apelar, según el C. J. en su artículo 324 in fine; pero no para la casación, reglamentada en forma especial y por lo mismo prevalente en forma que, al tenor del artículo 522, ibídem, este recurso se interpone por medio de un escrito dirigido al Tribunal sentenciador.

"Estima la Corte que hallar en esa frase "por medio de escrito" un mandato ante el cual un memorial ad hoc sea indispensable es algo ocasionado a sacrificar el derecho a la forma, contra los fines de la justicia (C. J. artículo 472); a tiempo que, por otra parte, aún dentro de esa rigidez no puede negarse que la manifestación de interponer el recurso hecha en el acto de la notificación, reviste en realidad la interposición del requisito de ser por escrito dirigido al Tribunal, quien ha de ser quien decida al respecto. La exigencia de aquel artículo 522 es la de que no haya duda sobre que el recurso se interpone, pues mal podría darse por interpuesto mediante suposiciones o conjeturas, y no puede interpretarse de manera que existiendo inequívocamente tal manifestación, pueda tenerse ésta por no hecha, como sucedería decidiendo sólo ante la falta de un memorial separado, el que, además, no podría más ni menos que consignar por escrito lo mismo que el abogado dijo y escribió en la citada diligencia de notificación del fallo recurrido".

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, RESUELVE:

Admítese el presente recurso de hecho; el Tribunal de Cartagena debe conceder el recurso de casación interpuesto por el doctor Enrique Rodríguez Diago, si él, por otra parte llenare los requisitos de la ley; ofíciese al Tribunal de Cartagena para el fiel cumplimiento de este proveído.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNAS MEJORAS

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

(Ponente: Magistrado Dr. José Miguel Arango)

Lorenzo Urueña demandó ejecutivamente a la sucesión de Pedro Toro, representada por sus herederos y por Angela Rosa López de Moreno. En ese juicio ejecutivo se embargó y depositó, entre otros bienes, la finca denominada "La Gaviota". El actor abandonó el juicio y por ello se decretó el desembargo de la finca y la restitución de ella a los demandados en la ejecución.

Durante el embargo, el señor Sebastián Villa, con anuencia del depositario de esa hacienda, Nepomuceno Giraldo, y de la señora Angela Rosa López de Moreno, plantó algunas mejoras y las usufructó pacíficamente hasta cuando el terreno le fué restituído a la sucesión de Pedro Toro, sin tener en cuenta que al efertuarse la restitución el señor Villa se opuso a ella y solicitó se le dejaran en su poder dichas mejoras, ejercitando el correspondiente derecho de retención, cosa que no logró.

En estas circunstancias, el señor Villa demandó por vía ordinaria, a la señora Angela Rosa López v. de Toro, Anatolia Toro o López de Reyes y a los menores Clara Isabel y Alberto Antonio Toro o López, impetrando estas decisiones:

"PRIMERA - Que la señora Angela Rosa López de Moreno debe pagar a mi demandante señor Sebastián Villa, dentro del término que señale la sentencia, la mitad de las mejoras que éste puso a sus expensas en la finca rural denominada "La Gaviota" ubicada en el Municipio de Santa Isabel del Circuito del Líbano, bien que para el efecto de esta petición se estima en la suma de dos mil pesos, o la cantidad que por medio de peritos se fije en este juicio o en otro distinto como precio de la mitad de las mejoras a que se contrae esta petición.

"SEGUNDA - Que los demandados, señora Ana Tolia Toro o López de Góngora, señorita Clara Isabel Toro o López y Alberto Antonio Toro o López, deben pagar al señor Sebastián Villa, dentro del término que señale la sentencia, la mitad de las mejoras, edificios, sementeras y plantaciones que éste puso en la finca denominada "Las Gaviotas", ubicada en el municipio de Santa Isabel, en jurisdicción del municipio del Líbano, bien que para los efectos de esta súplica se estima en la suma de dos mil pesos o la cantidad que por medio de peritos en cualquier otra forma se fije en este juicio o en otro distinto, como valor de los edificios, plantaciones y sementeras de que se trata.

"TERCERA - Que la demandada señora Angela Rosa López de Moreno, debe pagar a mi demandante señor Sebastián Villa, dentro del término que señale la sentencia, en el Líbano, la cantidad de trescientos veinte pesos moneda corriente que recibió de él a cuenta del valor de la finca "Las Gaviotas" y los intereses de esta suma hasta la fecha en que la recibió hasta el momento en que se haga el pago de ella.

"CUARTA - Que se condene a los demandados a las costas del presente juicio, si lo contradijeren".

La demanda trae otras peticiones subsidiarias que no tienen incidencia en el presente recurso de casación, y por eso no se transcriben.

Terminado el juicio en primera instancia, el juez correspondiente en proveído de 25 de junio de 1940, condenó a los demandados a pagar a Sebastián Villa la cantidad de $ 2.980 como valor de las mejoras pues-

tas por éste en la finca "Las Gaviotas", pago que se hará a pro-rata de los respectivos derechos que los demandados tengan en la finca, y a Angela Rosa López de Moreno personalmente, la cantidad de $ 120 que recibió de Villa en virtud de la promesa de compraventa de la finca "La Gaviotas" Se negaron las demás peticiones de la demanda, se declararon no probadas las excepciones propuestas y no se hizo condenación en costas.

La parte demandada apeló de este fallo para el Tribunal de Ibagué, y ante esa superioridad se cerró la segunda instancia con sentencia de julio de 1941, que en su parte resolutiva dice:

1º. - Una vez ejecutoriada esta sentencia Angela Rosa López de Moreno, Anatolia Toro o López de Reyes, Clara Isabel Toro o López y Alberto Antonio Toro o López pagarán a Sebastián Villa la cantidad de "2.408. 50 moneda corriente por valor de las mejoras puestas en la finca de "Las Gaviotas", en la forma y términos establecidos en el numeral 1º de la parte resolutiva del fallo apelado.

"2º - CORFIRMAE el mismo fallo en sus munerales 2º, 3º, 4º, y 5º.

"3º - No se condena en costas en la segunda instancia".

Recurriendo en casación los demandados recurso que les fué concedido y que hoy se estudia por estar aparejado en forma legal.

RECURSO

Se acusa la sentencia por el primer motivo de los relacionados en el artículo 520 del Código Judicial, por ser violatoria, por infracción directa, del artículo 1494 del Código Civil; aplicación indebida del 739 de allí, "por errónea interpretación en el hecho y en el derecho, según aparece de manifiesto en los autos".

El quebrantamiento del artículo 1494 se hace consistir en que Angela Rosa López no tenía ni ejercía la posesión material sobre la finca de "Las Gaviotas", ni en nombre propio ni en representación de los menores y que por lo tanto estos no pueden estar ligados a la promesa de compraventa de la finca "Las Gaviotas", celebrada por Angela Rosa López en su propio nombre y en el de los menores demandados.

Esta acusación tiene por finalidad tachar la apreciación del Tribunal, de que Villa puso las mejoras en la finca a ciencia y paciencia de los demandados, basándose para esa apreciación en el contrato de promesa de venta de la mencionada hacienda.

No se remite a duda que en virtud de esa promesa de contrato, bien o mal celebrada, Villa ocupó materialmente la finca en cuestión y plantó en ella mejoras y,las plantó a ciencia y paciencia de la prometiente que dijo en esa promesa entregarle la finca al señor Villa, quien efectivamente la ocupó.

Es indiscutible, en vista de esa promesa de contrato, que la señora Angela Rosa López supo y consistió en que el señor Villa ocupara la hacienda y plantara en ella mejoras. Hubo consentimiento en ese pacto y por ello no puede decirse que el Tribunal hubiera quebrantado el artículo 1494.

Es de notarse que la obligación impuesta a la señora Angela Rosa López no emana de un concierto de voluntades entre Villa y ella, sino del hecho físico de que Villa plantó mejoras a ciencia y paciencia de la señora López, sin que para que se efectuara ese hecho material hubieran de ligarse las voluntades de la López y Villa por un pacto contractual. Esa obligación nace del conocimiento que ella tuvo de que Villa hacía mejoras en la finca de "Las Gaviotas", como luego se verá.

Suponiendo que la señora Angela Rosa López no tuviera la representación de los menores, tampoco podría decirse quebrantado el artículo 1494 del Código Civil por la falta de voluntad de éstos en dicho pacto, porque la obligación de pagar mejoras no fluye del concierto de voluntades respecto de un acto o contrato, sino del hecho físico de haberlas plantado a ciencia y paciencia del dueño del terreno o sin su conocimiento, casos estos dos que producen obligaciones en el dueño del terrreno, y que fué otro de los fundamentos que tuvo el Tribunal para condenar a los demandados, como se verá al estudiar la acusación por

la violación del artículo 739 de Código Civil.

No está por demás agregar que la obligación que tienen los demandados de pagar el valor de las mejoras no emana del concierto de voluntades a cerca de un acto o contrato, sino que tienen su origen en la misma ley, fuente ésta de obligaciones, como se lee en la misma disposición del artículo 1494 que considera violado el recurrente.

Dícese infringido el artículo 739, porque la ocupación de Villa de la finca de "Las Gaviotas" fué ilícita, comó quiera que se ejercía sobre un bien que estaba fuera del comercio, que vale tanto como una posesión de mala fé, y porque como la señora Angela Rosa López no tenía la representación de los menores, éstos no quedan obligados por actos ejecutados por una persona que no es su representante legal.

Hay que rechazar esta acusación, porque es un hecho procesal indubitable, que el señor Villa plantó mejoras de consideración en la finca "Las Gaviotas", y que de ellas fue despojado. Si las plantó a ciencia y paciencia de los demandados éstos para recuperar el terreno no tienen que pagar la plantación o sementera, y si las plantó sin conocimiento del dueño del terreno, éste tendrá derecho de hacerlas suyas mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o de mala fé, lo que está indicando que Villa, en cualquiera de los dos casos apuntados por el artículo 739, tiene derecho a que se le paguen las mejoras hechas en el predio tantas veces mencionado. Todo lo cual indica que el Tribunal aplicó correctamente el artículo 739 del Código Civil, porque es de trivial justicia que este señor no pierda los plantíos que sembró, con sus esfuerzos y trabajos, en la hacienda "Las Gaviotas", y que, de otro lado, los dueños de la finca no se enriquezcan sin causa.

El tercer cargo que dice relación con el artículo 210 del Código Judicial sobre costas, se rechaza de plano, porque la Corte, en sinnúmero de desiciones ha sostenido que la cuestión costas es asunto que escapa a este recurso extraordinario.

En vista 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 del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y uno.

2 - Las costas del recurso son de 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 Srio.

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE MUTUO.—INCONGRUENCIA.—CONTRATO DE EMPEÑO O PRENDA

1.—No es posible que jurídicamente pueda haber exceso o defecto en la resolución de una sentencia absolutoria, como repetidamente lo tiene establecido la jurisprudencia de casación. 2.—Al mutuo o préstamo de consumo corresponden dentro de nuestro derecho contractual, las calidades de unilateral, real, principal, naturalmente gratuito, pero oneroso, conmutativo cuando se pactan intereses. Es el momento en que se perfecciona el que haya de tener en cuenta para su calificación como fuente de obligaciones recíprocas o solamente a cargo del mutuario, y entonces no hay duda sobre su unilateralidad porque el mutuante, perfeccionado el contrato, queda en actitud simplemente pasiva, en espera de las prestaciones del mutuario sobre el pago de intereses y devolución de lo prestado. No es acertado decir que la obligación de entregar, que corresponde al mutuante, sea nacida del contrato, porque siendo éste real la entrega es el contrato mismo, su realidad. El caso contemplado en el artículo 2228 del C. C. no le da la calidad de bilateral, porque la obligación del mutuante de que allí se trata es generada, lo mismo que sucede con el comodato (artículo 2217 ibid.), no como un elemento del contrato, sino por hecho sobreviniente a su celebración, dando así forma a lo que en los tratados de derecho se llama contratos sinalagmáticos imperfectos, clasificación ésta no reconocida en nuestro Código Civil. 3.—El contrato de empeño es accesorio y de garantía del de mutuo, pero son dos contratos jurídicamente diferentes que no se desnaturalizan por su coexistencia ni pueden interferirse en su ejecución,

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

En documento privado, suscrito en esta ciudad el día 18 de marzo de 1937, legalmente reconocido, Juán Pinzón, mayor y vecino del Municipio de Pacho, se constituyó deudor de Daniel Sabogal Mora por la suma de $ 2.000 que de él recibió a mutuo con interés del 1½% mensual durante el plazo de un año a contar de la fecha del instrumento "Para seguridad de todas las obligaciones que contraigo mediante este contrato, reza el documento, además de comprometer mi persona y bienes en general constituyo prenda a favor de mi acreedor sobre los siguientes bienes: un camión de doble servicio, es decir, con servicio para transportes de pasajeros y transporte de carga, distinguido con motor número 1324-09 marca "Chevrolet" y anotado con la placa N° 3858 del Municipio de Bogotá, camión éste que tengo dedicado al servicio en la carretera entre Pacho y Bogotá, junto con todos sus repuestos, herramientas y carrocería... Sobre estos bienes que constituyo en prenda a favor de mi acreedor, le hago entrega real y material, y por lo mismo el doctor Sabogal Mora podrá ejercer el derecho de dominio y posesión sobre ellos; pero ha convenido en dejarlos en mi poder para su explotación y bajo mi responsabilidad, comprometiéndome por mi parte a cuidarlos con todo esmero, siendo de advertir que en cualquier momento el doctor Sabogal Mora podrá privarme de la tenencia de ellos, si yo no em-

pleare en su administración el cuidado y diligencia que el caso requiere... En constancia firmo ante testigos en Bogotá... haciendo constar que hice entrega real y material de los bienes dados en prenda a mi acreedor, quien en prueba de que los ha recibido, firma conmigo la presente obligación".

En este contrato de mutuo pignoraticio tiene su raíz este litigio que ha culminado en el recurso de casación que hoy decide la Corte, pues el deudor Pinzón, antes de vencer el término del préstamo y alegando que su acreedor no ha cumplido las obligaciones que contrajo por no haberle dado sino $ 1750 y haber tomado y secuestrado por sí, sin justa causa, el camión empeñado, demandó a Sabogal Mora en libelo de 28 de octubre de 1937, ante el Juzgado 6º de este Circuito, para que se hicieran las declaraciones que conviene copiar textualmente para realzar los fundamentos de esta decisión.

"PRIMERO - Que el demandado doctor Daniel Sabogal Mora, no cumplió ni ha cumplido formalmente con las obligaciones que le correspondían y desprendidas del contrato de mutuo o préstamo celebrado con el peticionario en esta ciudad, con fecha 18 de marzo de 1937.

"SEGUNDO - Que tratándose de una obligación bilateral que es la que se desprende del contrato de mutuo, que consta de instrumento de fecha 18 de marzo de 1937, contrato que se celebró entre el peticionario y el demandado doctor Daniel Sabogal Mora, aun cuando he cumplido las obligaciones desprendidas de él por mi parte, no estaba obligado a ello, mientras Sabogal Mora no hubiera cumplido las que le correspondían por la suya.

"TERCERO - Que por parte del peticionario se cumplieron y se han cumplido todas las obligaciones desprendidas del contrato de mutuo de fecha 18 de marzo de 1937, a que hago referencia atrás.

"CUARTO - Que como consecuencia, el demandado es responsable y debe indemizarme de los perjuicios causados y desprendidos del incumplimiento de tal contrato, los que deben avaluarse (sic) en el curso del juicio pericialmente.

"QUINTO - Que habiendo seguido poseyendo por estipulación expresa del mismo contrato de fecha 18 de marzo de 1937 el camión marca "Chevrolet", y bajo mi cuidado y responsabilidad, el demandado no podría proceder a secuestrarlo por sí, sin causa justificativa, como lo hizo, pues dicho camión estaba real y materialmente en mi poder, por lo cual es responsable de los perjuicios que me haya causado en tal acción, los que debe avaluarse pericialmente en el curso del juicio.

"SEXTO - Que aun cuando hubiera incumplido el peticionario el contrato de mutuo a que vengo refiriéndome, en todas sus partes (lo que no ha sucedido) este incumplimiento no le daba ni le creaba ningún derecho al demandado, para establecer como lo ha venido haciendo, indebidamente, una campaña de difamación contra el peticionario.

"SEPTIMO - Que el demandado debe indemnizarme de los perjuicios morales y materiales que me hayan causado sus actos y con su difamación, perjuicios que deben avaluarse, pericialmente en el curso del presente.

"OCTAVO - Que se condene al demandante en las costas del juicio".

Con la oposición del demandado a las pretenciones del actor y su negativa de los principales hechos fundamentales de su accción, se desarrolló el juicio, sentenciado en primera instancia por el Juzgado del Circuito el 18 de agosto de 1939 decidiendo sin lugar a hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda y condenando al actor en las costas del grado.

SENTENCIA ACUSADA

La apelación del actor contra este fallo llevó el negocio al Tribunal Superior de Bogotá donde se tramitó su segunda instancia y se decidió el 7 de junio de 1941, confirmando en lo principal la sentencia apelada y revocando la condena a costas.

Con un propósito de ordenación para el estudio de las diversas cuestiones propuestas en la demanda, el Tribunal reúne en

tres grupos los pedimentos del ibero: uno, foramdo por las cuatro primeras peticiones, sobre cumplimiento del actor e in cumplimiento del reo de las obligaciones nacidas de contrato de préstamo y consiguiente indemización de perjuicios como efecto de culpa contractual. Otro, integrado por la súplica quinta, referente a violación del contrato por parte del demandado en cuanto éste se comprometió a mantener al demandante en uso del comión dado en prenda, también con la consecuencia de reparación de perjuicios por culpa contractual, y el último, formado por las solicitudes sexta y séptima, relacionado con la difamación de que al decir del actor lo ha hecho víctima del demandado con ocasión del referido contrato y que señala como fuente de la responsabilidad por la culpa delictua que se demanda.

Las dos partes, advierte el Tribunal, están de acuerdo en que la verdadera suma dada en préstamo por Sabogal Mora a Pinzón no es la de $ 2.000 que reza el documento sino la de $ 1750 que afirma el actor y acepta el demandado, sobre esta base plantea una cuestión de simulación, para concluir. "De la comparación entre el contrato aparente (el recibo de la suma de $ 2.000) y la contraestipulación, la que como se vio aparece plenamente demostrada en autos, (verdadera entrega sólo de $ 1750), se puede concluir que existió una promesa de entrega por parte de Sabogal Mora en cuanto a los docientos cincuenta pesos restantes, los que, según el dicho de este mismo, aún no ha entregado a Pinzón, pero,, como lo anota el art. 1615 y concordante del Código civil, para que los perjuicios contractuales se deban se requiere que el deudor esté en mora de cumplir y tal cosa aparece en el proceso..."

Considera, además, la sentencia' que el contrato de mutuo es unilateral y real y que por tanto es improcedente, respecto de él, la excepción de contrato no cumplido que establece el art. 1609 del C. C., que no tiene aplicabilidad sino tratándose de contratos sinalagmáticos en que las obligaciones de las partes se sirven de causa recíprocamente; y que, por lo que hace a la declaración de que el demandante ha cumplido las obligaciones de mutuario, no hay ninguna demostración en el preceso.

Esto, respecto de las cuatro primeras solicitudes de la demanda. Por lo que hace al pedimento de reparación de perjuicios por el hecho de haber el demandado Sabohabía entregado en prenda y luégo había gal Mora tomado por sí el camión que se le dejado en manos de su deudor para que lo explotara, llegó el Tribunal a la conclusión absolutaria porque consideró que en este caso no existe el contrato eccesorio de empeño por faltarle uno de sus elementos esenciales cual es el de que el deudor sea privado de la tenencia de la cosa empeñada. "En consecuencia -dice la sentencia- no se halla establecida la existencia del contrato de prenda a que nos hemos venido refiriendo y que, por lo tanto, mal se puede hablar de validez o invalidez de la cláusula contenida en el pacto de 18 de marzo, tántas veces citado, según la cual Sabogal Mora se obligaba a mantener a Pinzón en el uso y explotación del camión en referencia. Por tanto tampoco hay lugar a despachar favorablemente la súplica quinta de la demanda, ya que ella implica el establecimiento de una culpa contractual y el primer requisito, aun cuando sea una perogrullada el decirlo, para que haya culpa contractual es que haya contrato".

Finalmente, la negativa a la demanda de indemnización por hecho que el actor le imputa a Sabogal de haberlo difamado, públicamente, la funda el sentenciador en que respecto de este extremo, constitutivo de delito contra la integridad moral, de la competencia de las autoridades penales, no hay base ninguna en el proceso para deducir una responsabilidad civil proveniente de culpa delictual.

EL RECURSO

Se invocan las dos primeras causales del art. 520 del C. J., y se acusa la sentencia de "violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los arts. 1494, 14-

95, 1496, 1498, 1502, 1530' 1608, 1611'12-21, 1365, 2409, 2411, 2341, 2342' y 2356 del C. C."

Dentro del orígen lógico correspondería preferencia de estudio a la acusación fundada en la causal segunda; pero encuentra la Sala que en realidad no se ha fundado por este motivo el recurso, porque las breves alusiones que dislocada y dispersamente se hacen en la demanda sobre incongruencia entre lo pedido y lo fallado están revueltas con razonamientos destinados a fundamentar la causal de violación legal hasta el extremo no de llegarse a saber en qué hace consistir el recurrente la inconsonancia de la sentencia con las pretenciones oportunamente deducidas por los litigantes. El confuso conjunto de la demanda no ofrece elementos para el estudio del cargo, que, por lo demás,siendo totalmente absolutoria la sentencia en que aparecen considerados todos los extremos propuestos, resulta improcedente porque no es posible que jurídicamente pueda haber exceso o defecto en la resolución de una sentencia absolutoria, como repetidamente lo tiene establecido la jurisprudencia de casación.

En lo atinente a la causal primera la demanda señala en un solo grupo como violadas por el Tribunal, las numerosas disposiciones del C. C. cuya enumeración se hizo, sin ningún orden ni separación ni determinación del concepto en que se considera infringidas. Este defectuoso planteamiento del recurso impone su consideración en forma general por la imposibilidad de aislar acusaciones concretas de violación de los artículos que cita, entre los cuales hay derogados como el 1611 y completamente impertinentes a la controversia como el 1221 que trata de las sustituciones sucesorales, y el 1365 referente al plazo del albaceazgo. Con el escaso material aprovechable de la demanda procede la Sala a considerar los cargos:

I - Como se vio a reseñar la motivación del fallo casusado, las cuatro primeras peticiones de la demanda fueron negadas, en síntesis, por haberse demostrado probatoriamente en el juicio que el contrato de préstamo sólo fue realmente celebrado por $ 1750 y que los $ 250 que faltan para completa la cifra de $ 2.000 que se hizo figurar en el documento, fue simulado. Sobre esta última cantidad, considera el Tribunal que el demandado hizo una promesa de entregar a Pinzón, cuyo incumplimiento on puede tener como causa de la indemnización pedida porque para que tal cosa fuera jurídica sería preciso que el deudor hubiera sido constituído en mora, y esta situación no se ha establecido en los autos. Fuera de esto se funda en esta parte la sentencia en que el mutuo, por ser contrato real y unilateral rechaza la aplicación de la **excetio non adimpleti contractus.**

A estas conclusiones del sentenciador enfrenta el recurrente la afirmación que el Tribunal viola la ley al analizar un caso de incumplimiento contractual a la luz de la simulación para concluir que la parte incumplida de la obligación es simulada, y la de que el contrato de mutuo, como oneroso conmutativo que es, tiene necesariamente la calidad de bilateral, de donde deduce que el Tribunal se equivocó al negarle procedencia y oportunidad a la excepción de contrato no cumplido. Dice al respecto:'... En la actualidad no puede sostenerse que el mutuo con interés pertenezca a los contratos unilaterales, puesto que quien presta el dinero o la cosa, recibe en compensación un interés o beneficio, y esta estipulación necesariamente tiene que determinar que el mutuo no es unilateral sino bilateral, por una parte y por otra que el mutuante si recibe tal beneficio no puede exigir la entrega del dinero o de la cosa hasta la finalidad estipulada. Tan evidenemente (sic) es lo anotado anteriormente que las disposiciones contenidas en los artículos 2228 y siguientes del C. C. miran a la defensa del mutuario para evitar que el mutuante pueda cometer excciones contra él".

Considera la Sala.

Sin perder de vista el objetivo perseguido con la acción y claramente expresado en la parte peticionaria del libelo inicial, ciertamente resulta improcedente el planteamiento de la controversia judicial como

problema de simulación puesto que en ninguna forma la demanda ni su contestación sometieron a fallo nada relativo a inexistencia o ineficacia del contrato de mutuo, ni nada que pueda interpretarse como pedimento de que contra la estipulación escrita prevalezca un convenio secreto, como sería si se tratara de una acción o una excepción de simulación. Pero carece en realidad de importancia dilucidar este aspecto porque las consideraciones y conclusiones a que diera lugar no tendría incidencia sobre parte resolutiva del fallo acusado, el cual, en puridad de verdad, se limitó a insinuar la tesis de la simulación pero sin sacar de ella consecuencia ninguna puesto que su verdadera conclusión fue la que el demandado Sabogal prometió al demandante entregarle $ 250, para cuyo cumplimiento no está aún en mora. Y este fundamento de la sentencia, único valedero para rechazar la indemización por incumplimiento puesto que es la constitución en mora lo que origina el derecho indemnizatorio, no se ataca en ninguna forma en la demanda de casación, de tal modo que siendo suficiente para respaldar la absolución del demandado en la parte en estudio, debe quedar en pie, sin necesidad de calificar su legalidad no combatida.

Al mutuo o préstamo de consumo corresponden, dentro de nuestro derecho contractual, las calidades de unilateral, real, principal, naturalmente gratuito, pero oneroso conmutativo cuando se pactan intereses. En el momento en que se perfecciona el que hay que tener en cuenta para su calificación como fuente de obligaciones recíprocas o solamente a cargo del mutuario, y entonces no hay duda sobre su uniliteralidad porque el mutuante, perfeccionado el contrato, queda en actitud simplemente pasiva, en espera de las prestaciones del mutuario sobre pago de intereses y devolución de lo prestado. No es acertado decir que la obligación de entregar, que corresponde al mutuante sea nacida del contrato, porque siendo éste real entrega es el contrato mismo, su realidad. El caso contemplado en el artículo 2228 de C. C., uno de los citados por el recurrente en abono de su tesis sobre el muturo sinalagmático, no le da calidad de bilateral porque la obligación del mutuante de que allí se trata es benerada, lo mismo que sucede en el comodato (art. 2217 ib.), no como elemento del contrato, sino por hecho sobreviniente a su celebración, dando así forma a lo que en los tratados de derecho se llama contratos sinalagmáticos, clasificación ésta no reconocida en nuestro código civil.

Por otra parte ni aun colocándose en la hipotésis de la bilateralidad del mutuo deja de ser inoperante la acusación de que se trata, porque habría que llegar también a la conclusión de que la demanda indemizatoria de perjuicios causados por incumplimiento contractual es improcedente en la forma en que se ha presentado como pedimento principal y aislado de reparación y no como accesoria del derecho alternativo que concede el art. 1546 del C. C. A una acción así intentada le faltaría el indispensable antecedente jurídico que le sirve de apoyo legal, pues el citado texto del código otorga el derecho para pedir indemnización de perjuicios pero como una consecuencia de la resolución, para que se deje sin efecto el contrato por incumplimiento del otro contratante, o de la solicitud para que se le obligue a cumplir lo estipulado.

Descaminado por completo el cargo en lo relacionado con la excepción de contrato incumplido no sólo por incompatible con la naturaleza unilateral del contrato de préstamo, sino porque resulta absurdo y sin sentido su planteamiento en la forma de acción en que aparece consignada en las tres primeras peticiones de la demanda. Para que de excepción pudiera hablarse sería preciso, sin dejar de ser improcedente en tratándose de mutuo, que el mutuante hubiera ejercitado su acción de cobro y que en ella, el mutuario, para inhibirla, hubiera opuesto y alegado esta defensa. La demanda acerca de esto se pierde en consideraciones inútiles tratando de establecer el incumplimiento del mutuo por la circunstancia de haber el mutuante quitado al deudor, en las circunstancias ya vis-

tas, la tenencia del camión empeñado, como si pudiera entenderse, continuando a hipotésis de que no fuera absurdo hablar aquí de la excepción mencionada, que en esta defensa pudiera enfrentarse a una obligación principal una simplemente accesoria y de caución y no prestaciones principales de exigibilidad coetánea. Qué sentido tiene, en efecto, decir que el mutuante no cumplió el contrato de préstamo porque tomó al deudor la tenencia de la prenda? El contrato de empeño es accesorio y de garantía del de mutuo pero son dos contratos jurídicamente diferentes que no se desnaturalizan por su coexistencia ni puede interferirse en su ejecución.

Respecto de la segunda de las acciones que estudia la sentencia, relacionada con el cobro de perjuicios por lo ocurrido con el camión empeñado, en violación del contrato de prenda, el Tribunal, como se dijo, llegó a la conclusión de que tampoco podía prosperar porque se trata allí de una culpa contractual y el contrato de empeño de que se hace provenir no tuvo existencia jurídica por carencia de elementos esenciales.

Para acusar este extremo de la sentencia se coloca el recurrente en una posición inconciliablemente contradictoria que condena al fracaso su cargo, pues a la vez que acepta expresamente la tesis concluyente del Tribunal de que "en realidad de verdad no pudo existir el contrato accesorio de prenda", ensaya atacar el fallo por incumplimiento contractual al decir en su demanda, como razón fundamental al respecto, que "si el Tribunal hubiera procedido con acuerdo en sus propias premisas debiera haber concluído que no habiendo demostrado el demandado que Pinzón hubiera dejado de emplear a cuidado sobre las cosas, no podría privarle en forma alguna de la tenencia de ellas y por consiguiente se había violado por el demandado una de las cláusulas, que por efecto de un acto convencional, figuraron como partes esenciales del contrato".

No se puede insistir en casación en la demanda de perjuicios por violación de un contrato que el Tribbunal consideró que no se había celebrado, poniéndose de acuerdo con la tesis sobre existencia contractual, porque de este modo se deja sin remover el cimiento principal y suficiente del fallo, que la Corte no puede destruír oficiosamente cualquiera que sea su consistencia jurídica. En estas condiciones no hay por qué ni para qué analizar las razones de la sentencia, recurrida aceptadas en la demanda de casación, y que propiamente están fuera de la litis porque la demanda no plantea nada sobre validez del contrato de prenda. Por lo demás, y al margen de toda consideración vinculada a determinado contrato, se recuerda aquí que en el documento contentivo del convenio en que se ha originado este pleito transcrito al principio en lo atinente, se estipuló muy claramente que el acreedor podía privar en cualquier mometo de la tenencia del camión al deudor cuando éste, naturalmente a juicio del demandado, no empleara en su administración el cuidado y diligencia conveniente.

En referencia de la pretendida violación de los artículos 2341 y 2356 del C. C., base de la tercera de las solicitudes indemnizatoria que contiene la demanda, rechazada en la sentencia del Tribunal por no tener ningún respaldo en el proceso esta responsabilidad delictual, se expresa así el recurrente: "Pero si a tal privación (la de la tenencia del camión) agregamos que el demandado sin el menor cuidado, sin el menor reato de conciencia, sin guardar la más simple moderación, en el acto del secuestro difamó contra el honor de Pinzón, difamación que trajó como consecuencia por haberla ejecutado públicamente la de suspensión del crédito y la pérdida de negocios comerciales, necesariamente tenemos que llegar a la conclusión de que le causó perjuicios materiales y morales que está obligado a indemnizar de acuerdo con la ley".

Este aspecto del pleito ha rodado desde el principio sobre un injurídico confusionismo de las dos especies de responsabilidad civil, la generada en culpa contractual

por incumplimiento de obligaciones convenidas, y la nacida fuera del contrato lejos de toda relación jurídica preexistente, que se caracterizan por múltiples y sustanciales diferencias que las que las colocan bajo reglamentaciones legales muy diversas, y que dan nacimiento a acciones de reparación que la doctrina y la reiterada jurisprudencia de casación han considerado inacumulable en una sola acción judicial. El actor y recurrente ha presentado y definido esta pretención indemnizatoria, que funda en preceptos del Título 34 del Libro 4º del C. C., como proveniente de hechos y circunstancias inseparablemente vinculadas al incumplimiento del contrato de mutuo y de su accesorio de empeño, en forma que resalta la improcedencia de los textos en que aspira a hallar un respaldo a su derecho. Sin dejar de advertir que los motivos fundamentales de la sentencia en este particular tampoco han sido objeto de una acusación eficaz en el recurso, es la involucración inaceptable que se ha hecho de las dos especies de responsabilidad civil en lo que especialmente se apoya la Sala para rechazar también este último cargo de la demanda de casación. Las razones doctrinarias de esta jurisprudencia, fundada en las características que singularizan las dos especies de responsabilidad civil, sobre coexistencia de las dos culpas que le sirven de fuente y sobre la imposibilidad del ejercicio indistinto de las dos acciones para su efectividad, pueden verse, entre otras, en la sentencia de casación de fecha 25 de febrero de este año de 1942, (G. J. Tomo LII pág. 82).

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 7 de junio 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 Srio en ppd.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA.—ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS.

1.—Para los efectos de localizar la responsabilidad civil de una entidad municipal en relación con el mal funcionamiento de la obra costeada por los particulares y destinada a la prestación de un servicio público urbano, lo mismo significa que tal obra haya sido hecha por los funcionarios municipales directamente o por medio de contratos de construcción intervenidos por los ingenieros oficiales. Siempre es el Municipio el autor y responsable directo del funcionamiento eficiente o innocuo del servicio.

2.—La acción civil para la reparación del daño procedente del delito o culpa de carácter penal, de que deben responder los que son juzgables criminalmente por tales hechos, prescribe en el mismo plazo que la acción penal, según la regla especial contenida en el inciso 1º del artículo 2358 del C. C. La acción civil para la reparación del daño procedente de una culpa o hecho simplemente dañoso, por acción o por omisión, no reprimible por la ley penal, prescribe según las reglas generales del derecho civil, por no estar incluída de manera taxativa en la norma especial contenida en el artículo 2358 del C. C. Finalmente, la acción civil para la reparación del daño proveniente no del hecho o culpa propios, sino del de terceros puestos bajo cuidado o de quienes deba responder, prescribe según la regla especial que de manera clara consagra el inciso 2º del artículo 2538.

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

Las señoritas Carolina, Alejandrina y Carmen Peña Rojas, por medio de apoderado, presentaron demanda ordinaria el 8 de Marzo de 1938, ante el Juez 2º Civil de este Circuito, para que se condenara al Municipio de Bogotá" a pagar a mis poderdantes, por indemnización de daños o perjuicios, causados en la casa de propiedad de mis poderdantes, marcada en su puerta de entrada con el número 35 de la antigua nomenclatura, de construcción alta y baja, situada en el barrio de SAN VICTORINO, de esta ciudad, a inmediaciones del río SAN FRANCISCO", y alinderada como en la demanda se indica, las siguientes cantidades:

"a) La suma de cuatro mil pesos ($ 4.000) moneda corriente, por el valor de la edificación destruída por las inundaciones ocasionadas con las aguas provenientes del colector del río San Francisco, de esta ciudad, suma que equivale al daño emergente sufrido por mis mandantes.

b) El lucro cesante que dejaron de ganar mis poderdantes, como producto de los arrendamientos de dicha casa, a razón de treinta pesos mensuales por el valor de ella, desde el 19 de noviembre de 1932, fecha en que fue destruída la casa por las inundaciones, hasta el 19 de marzo del corriente año, o sea la cantidad de mil novecientos veinte pesos ($ 1.920) moneda corriente.

c) La cantidad equivalente a los arriendos cuyo valor hubieran devengado mis mandantes desde el 19 de Noviembre (sic) de este año, al canon antes apreciado, hasta la fecha en que se verifique el pago de los daños y perjuicios reclamados".

El Personero Municipal de Bogotá contestó la demanda oponiéndose formalmente a la acción intentada, y más tarde alegó la prescripción de dicha acción, con arreglo al inciso segundo del artículo 2358 del C. C.

El Juez del conocimiento falló el pleito por sentencia de 17 de Marzo de 1939, cuya parte resolutiva dice:

"a) Declárase probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes.

b) En consecuencia, absuélvese al Municipio de Bogotá de los cargos formulados por las señoritas Carmen, Alejandrina y Carolina Peña Rojas; y

c) Sin costas."

El Juez estimó que había ilegitimidad sustantiva de la personería de las demandantes, porque el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos acompañado a la escritura de propieded de la causa sobre que versa el pleito, no comprendía sino el tiempo transcurrido desde la fecha de la escritura de compra hasta el 31 de Diciembre de 1932, y no hasta el día de la presentación de la demanda.

Apelado el fallo de primera instancia por las actoras y surtida la tramitación de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió el pleito el 28 de Abril de 1941 así, previa revocatoria de la sentencia del Juez:

"1.— El Municipio de Bogotá es civilmente responsable de los perjuicios materiales sufridos por las señoritas Carmen, Alejandrina y Carolina Peña Rojas, con motivo de las inundaciones provenientes de defectuosa construcción del colector o canalización del río SAN FRANCISCO, en el sector de la calle 10, en SAN VICTORINO, de esta ciudad, sucedidas en las fechas de que da cuenta la demanda, y que produjeron la destrucción de la casa de propiedad de las mentadas señoritas, casa distinguida con el Nº 302 de la antigua nomenclatura, según reza el título de propiedad, situada en el sector indicado y comprendida dentro de los linderos mencionados en la demanda y atrás destacados.

2º. — Se hará la fijación del **quantum** o monto del valor de los perjuicios, daño emergente y lucro cesante, en la forma preceptuada por el art. 553 del C. J., de conformidad a las bases fijadas en la exposición motiva del presente fallo.

3º. El lucro cesante comprende desde el 19 de noviembre de 1932 hasta la fecha en que las demandantes reciban el pago del valor de la casa.

No es el caso de hacer condenación en costas." ....

El Tribunal estimó que no se debía declarar probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería de los demandantes, y encontró demostrados los elementos fundamentales de la acción incoada.

Respecto de la excepción de prescripción propuesta por el Personero, consideró en la parte motiva que no era fundada, pero nada dijo en la resolutiva.

EL RECURSO

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el Personero, el cual fue fundado oportunamente en la Corte por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Dos son los cargos que formula el señor Procurador Delegado contra la sentencia acusada, a saber:

"1º Violación de la ley sustantiva por indebida aplicación al caso del pleito, como consecuencia de la **apreciación errada de las pruebas documental y testimonial**.

2º Violación de la ley sustantiva por haberse dejado de aplicar el artículo 2358 del inciso 2º del Código Civil, y, en cambio, haberse publicado indebidamente el artículo 2356 de la misma obra, todo ello como consecuencia de la **interpretación errónea del primero de dichos textos legales.**"

En relación con el primer cargo, hace luégo un análisis de algunos pasajes de la sentencia y termina así: "Es patente el error en la anterior conclusión del Tribunal. Los documentos a que se refiere la sentencia en el aparte transcrito pueden acusar algunos defectos de construcción de la obra, pero no prueban que tales defectos fueran la causa determinante de la salida o brote de las aguas por los sifones de la casa inundada, ni que el colector se hubiera roto en el momento del aguacero. Hubo, pues, errada apreciación de este medio de prueba por parte del Tribunal al encontrar en él la relación de causalidad entre

el daño ocurrido y el hecho imputado al Municipio.

"Los errores anotados llevaron al Tribunal a aplicar indebidamente al caso materia del proceso los precitados artículos 1494, 2341 y 2356 del Código Civil, ya que ni con estos ni con alguno de los medios de prueba que hacen parte del juicio, aparece plenamente comprobada la necesaria relación de causalidad entre el daño ocurrido y el hecho que en la demanda se imputa al Municipio.

"Pero aun prescidiendo de lo anterior, se tiene lo siguiente: según los términos de la demanda el hecho imputado al Municipio se refiere a la parte del colector que fue construído por 'Criales, Alba, Escallón y Cia.' A esta parte, y no a otra debe contraerse el fallo. Y está probado que si ocurrió el desperfecto causante de la inundación, fue precísamente en ese sector y no en otro? En manera alguna. Luego aún así habría error del Tribunal en la apreciación de las pruebas y consiguientemente en la aplicación de los preceptos legales anteriormente citados".

Por lo que hace el segundo cargo, dice:

"Limitando erróneamente el alcance del artículo 2356 - inciso 2º - del Código Civil, y dándole así una equivocada interpretación, el Tribunal sentenciador dejó de aplicarlo al caso materia del proceso para declarar no cumplida la prescripción extintiva de la acción, que expresamente se alegó por la parte demandada. En cambio, aplicó indebidamente el artículo 2356 del mismo Código. Invocó para demostrar este error la reciente doctrina de esa Honorable Sala sobre prescripciones de la acción sobre responsabilidad civil indirecta de terceros, aplicable al caso que aquí se contempla, toda vez que en la demanda base inmodificable del fallo, se atribuye al Municipio responsabilidad civil por el hecho que ejecutó otra persona: el constructor de la obra del colector, que fue un contratista particular. A ese hecho, y no a otro, se contrae la demanda, y de consiguiente es de estricta aplicación el mencionado artículo 2358 - inciso 2º - del Código Civil, cumplidos como estaban los tres años de la prescripción extintiva cuando se presentó la demanda".

ESTUDIO DE LOS CARGOS

La corte, entre otras sentencias en las de fechas 17 de Septiembre de 1935, 26 de Mayo de 1936 y 21 de Agosto de 1939, publicadas en la Gaceta Judicial números 1907 y 1908, 1909 y 1910, y 1950, respectivamente, que se refieren a casos similares al presente estudió a fondo lo relativo a la responsabilidad civil por culpa y sentó la doctrina que sostiene al respecto, la que puede darse por reproducida en este fallo, el cual ha de concretarse, en virtud del ataque hecho por el señor Procurador Delegado en lo Civil a la sentencia acusada, a estudiar, de un lado, si aparece demostrada la relación de causalidad entre el daño ocurrido en la casa de propiedad de las demandantes y el hecho que en la demanda se imputa al Municipo, o si el Tribunal incurrió "en error de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas", como lo afirma el recurrente, y ,de otro, si está prescrita la acción, conforme al inciso 2º del artículo 2358 del C. C.

Afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar como prueba los testimonios de Félix Dussán y Gil Pinzón Niño, para concluír que la inundación que destruyó la casa fue producida por la ruptura del colector, y por su defectuosa construcción, cuando esos testigos lo que hacen es expresar su concepto sobre una cuestión que debía demostrarse por otro medio probatorio idóneo, por ser apropiada para ello la prueba testimonial, y agrega:

"Aun considerado el hecho de que se trata como propio de la prueba testimonial, las dos declaraciones de que se viene hablando no lo prueban con caracteres de certidumbre legal. Los testigos no dicen haber visto que el colector se hubiera roto con la creciente producida por el aguacero, ni que debido a su mala construcción hubiera dejado salir el agua en cantidad suficiente para inundar la casa. Ni ellos vieron el estado del colector en aquellos

momentos, ni por consiguiente, pudieron observar cómo estaba funcionando, pues para ello necesitaban destaparlo, operación dispendiosa que no aparece haberse efectuado."

Se considera:

La sentencia hace un análisis pormenorizado y cuidadoso de las declaraciones de Alfredo Artunduaga, Elías Villegas, Juán Múnera, Amalia Santamaría, Buenaventura Fernández, Hernando Cárdenas Ríos, José Antonio Orozco y Guillermo Becerra, quienes depusieron sobre distintos hechos relacionados con las inundaciones que sufrió la casa objeto del pleito en los días 14 de Octubre y 19 de Noviembre de 1932, pero quienes no presenciaron directamente las inundaciones, ni supieron la causa de éstas.Luégo estudia las declaraciones rendidas en la segunda instancia por Félix Dussán y Gil Pinzón Niño y dice que con sus testimonios corrigieron la deficiencias de los analizados anteriormente, porque en respuestas contenidas en los puntos d) y e) expusieron de modo perentorio y preciso que en los días 14 de Octubre y 19 de Noviembre de 1932 vieron y presenciaron que se inundó la casa a causa de que las aguas que conducía el colector del río SAN FRANCISCO se entraron por entre los sifones de ella, por lo cual quedó inhabitable, y que como la construcción era antigua y de adobe, dicha casa se derrumbó.

Termina el Tribunal diciendo que como Dussán y Pinzón Niño, lo mismo que los otros declarantes mencionados, aseguran que en épocas anteriores la casa no había sido inundada, queda legalmente demostrado que los hechos generadores del daño o ruina de la casa fueron las dos inundaciones provenientes del rebasamiento de aguas lluvias del colector del río SAN FRACISCO, en los días indicados.

Como se vé, el Tribunal no acoge la prueba testimonial referida como demostración de que el Municipio es responsable. o sea como adecuada para comprobar la relación de casualidad entre el daño ocurrido y el hecho imputado al Municipio, sino como suficiente para llegar al convencimiento de que la casa de propiedad de las demandantes se derrumbó a consecuencia de las inundaciones producidas por el rebosamiento de aguas del colector del río SAN FRANCISCO, que entraron a la casa por los sifones de sus cañerías, y estudiada ahora esa prueba detenidamente, no encuentra la Corte que el Tribunal incurriera en los errores de hecho y de derecho que el recurrente le imputa.

En lo tocante a la responsabilidad del Municipio, el Tribunal estudia las siguientes pruebas documentales, que en copias auténticas obran en autos:

a) El contrato celebrado por el Municipio con los señores Lucio García y Sady González el 29 de Septiembre de 1923, sobre elaboración de los planos para la construcción del colector del río SAN FRANCISCO, en los trayectos que aún faltaban por construír, entre los cuales está comprendido el sitio en que se hallaba la casa derrumbada.

b) La nota número 1459, del 13 de Agósto de 1926, del Director de Obras Públicas del Municipio al Personero Municipal, en que le dice:

"En contestación a su atenta nota de fecha 26 de Julio del presente año, tengo el honor de manifestar a usted que los señores Gonzáles y Garcia estaban obligados a prever, en el estudio del proyecto de la obra de canalización del río SAN FRANCISCO, los desagues que debían desembocar en el colector, puesto que el volumen de aguas de pende la acción de éste. Por lo demás de el contrato de estudio a que se hace referencia fue cumplido íntegramente por los señores González y García, y los planos de la obra, elaborados por ellos, fueron aprobados por la Junta Municipal de Obras Públicas. Tal contrato es muy vago en cuanto a estipulaciones respecto a las condiciones generales del colector y los desagues correspondientes".

c) El contrato celebrado por el Municipio con el señor Manuel Criales, en su propio nombre y en representación de la sociedad comercial Criales, Alba, Escallón & Cº, el 22 de Marzo de 1928,sobre construcción del colector del río SAN FRANCISCO "en el trayecto comprendido entre las calles

10 y 11 en una extensión de 137 metros 30 centímetros, más 12 metros de bocacalle". .....

d) Copia de la parte pertinente del "Estudio de corrección del colector del río SAN FRANCISCO, memoria descriptiva", elaborada por el Dr. Pedro C. Ortíz, Ingeniero Jefe del Departamento de Obras y Alcantarillados, con la colaboración del Ingeniero Ayudante, Dr. Hernando Parra Lleras, del Ingeniero Topógrafo, Dr. Joaquín Martínez A. y del Ingeniero Dibujante, Dr. Alfonso Olarte, estudio del cual se transcriben los siguientes párrafos:

"El colector del río SAN FRANCISCO ha inundado en numerosas ocasiones las fincas próximas a él. Tenidos en cuenta los niveles de la clave y los alcanzados por las aguas los patios y solares de los predios afectados por las inundaciones, se concluye que el Colector ha trabajado a presión. El fenómeno anterior no puede atribuírse a obstrucciones, puesto que se ha producido en épocas en que el colector se hallaba en buen estado de limpieza".

"Claramente puede observarse que la canalización fue hecha por tramos separados en épocas distintas, por distintos constructores y aun con criterio distinto en cuanto al tamaño de la sección transversal. Así se explican los varios empates mal ejecutados, la diversa calidad de los materiales y la diferencia notoria en la obra de mano, que es muy buena en la parte que corresponde al tramo comprendido entre las calles 12 y 11 (ejecutada según parece por el Ingeniero Ramón J. Cardona) y mala de la calle 10 en adelante".

"Además de las observaciones hechas por el Ingeniero Martínez en el informe anteriormente transcrito, creo necesario dotar al colector del río SAN FRANCISCO de un sistema racional de colectores laterales situados a una profundidad no mayor de dos metros, con el objeto de desembocar en ellos los desagues de las casas en forma que facilite su reparación y control y que en caso de hacer desagues nuevos no sea preciso hacer excavación que por su profundidad comprometa la estabilidad de los cimientos de las edificaciones y del pavimento de la avenida. El trata de desaguar sótanos profundos, más bajos que la clave del colector, ha causado inundaciones en lugares que de otra manera hubieran estado a salvo de ellos".

Después de estudiar los documentos que se acaban de transcribir, procedentes como se ha visto, de las propias oficinas Municipales y que no fueron contradichos en el juicio, concluye acertadamente el Tribunal que es preciso aceptar la omisión en que incurrió el Municipio de Bogotá por no haber rodeado de toda la previsión, el cuidado y la prudencia requeridas la obra de canalización del río SAN FRANCISCO, la cual no fue sometida a una rigurosa técnica, tanto en el diseño como en la construcción de la obra, y ello hace que las inundaciones de las casas aledañas al río, o a su colector, sean imputables a la deficiencia técnica de la obra y a la negligencia del Municipio.

Alega el recurrente que como la obra fue construída por contratistas o empresarios y no directamente por el Municipio, éste no es responsable de las deficiencias, o de la falta de técnica en el desarrollo de aquella.

Se observa que los planos respectivos fueron probados 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. Sobre este punto y al ocuparse un caso enteramente similar al presente, dijo la Corte en sentencia del 21 de agosto de 1939, publicada en la Gaceta Judicial número 1950:

"Para los efectos de localizar la responsabilidad civil de la entidad municipal en relación con el mal funcionamiento de la obra costeada por los particulares y destinada a la prestación de un servicio público urbano, lo mismo significa que tal obra haya sido hecha por los funcionarios municipales directamente o por medio de contratos de construcción intervenidos por los Ingenieros oficiales. Siempre es el Municipio el autor y responsable directo

del funcionamiento eficiente o innocuo del servicio".

Es suficiente lo dicho para concluír que no aparece demostrado que el Tribunal incurriera en los errores de hecho y derecho que el recurrente le imputa. Por tanto, se rechaza el primer cargo.

Tampoco prospera el segundo, relativo a la prescripción de la acción, con arreglo a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2358 del C. C., pues, como se ha dicho, en el caso de estudio el Municipio es directamente responsable de la negligencia o descuido en la construcción de la obra del colector, y no un tercero que deba responder por el hecho de otro.

El Tribunal procedió acertadamente al no dar aplicación al 2º inciso del artículo mencionado aunque no por las razones expuestas en la parte motiva de su fallo, en donde dice:

"La doctrina y las jurispundencias nacionales y extranjeras concuerdan en que la prescripción de la disposición citada se refiere al caso en el cual el acto generador del daño constituye delito o culpa penalmente reprimible. Se puede hacer el análisis exegético de la norma dicha y se llega a la conclusión indicada. De suerte que cuando se trata de hecho penalmente sancionable, su autor y las personas que de él responden se hallan mejor tratados que cuando el acto no da nacimiento más que a la acción civil, anomalía que tiene por causa que un interés de orden público se opone a aquél, una vez transcurrido el término de la prescripción penal, que puede hacer renacer por acción civil de la víctima".

Con el fin de corregir las ideas expresadas por el Tribunal, es conveniente transcribir aquí los párrafos pertinentes de la sentencia de fecha 19 de Agosto de 1941, publicada en el número 1978 de la Gaceta Judicial, en la cual la Corte estudió ampliamente la interpretación que debe darse al artículo en referencia y los diversos casos que él comprende.

Dicen así:

"El Título 34 del Libro IV del C. C. reglamenta la 'Responsabilidad común por los delitos y las culpas'.

"Si se fija la atención sobre las disposiciones que integran este Título, se concluye que la materia de que él trata está dominada por cuatro cuestiones fundamentales: a) La existencia de un delito o cuasi-delito reprimible conforme a la ley penal y ejecutado por persona penalmente responsable (responsabilidad directa delictual o cuasidelictual); b) la existencia de una culpa o hecho dañoso no reprimible por la ley penal y ejecutado por persona no responsable penalmente, pero que origina responsabilidad civil (responsabilidad directa culpable y dañosa); c) la existencia de un vínculo permanente o accidental entre el autor del hecho y la persona de quien él dependa en el momento de su ejecución (responsabilidad indirecta, o sea del hecho ilícito no propio); y d) la existencia de un daño ocasionado por los animales o cosas inanimadas, del cual responden civilmente las personas a cuya guarda y cuidado estén. Cada una de estas formas o especies de responsabilidad civil tiene su reglamentación típica en el Título 34, Libro IV del C. C.

"C. - Por el aspecto de la prescripción de las acciones que se consagran para hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual, se tiene lo siguiente:

1º La acción civil para la reparación del daño procedente del delito o culpa de carácter penal, de que deben responder los que son juzgables criminalmente por tales hechos, prescribe en el mismo plazo que la acción penal, segun la regla especial contenida en el inciso 1º del artículo 2358 del C. C. que dice: "Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal". Se explica tal identificación de los términos de prescripción por considerarse en tal evento la la acción civil como accesoria de la penal y aconsejar superiores motivos de orden púbico y de organización social que se evite la anomalía de que una vez transcurri-

do el término de la prescripción penal, pueda todavía ejercitarse una acción civil contra el autor del hecho.

2º La acción civil para la reparación del daño procedente de una culpa o hecho simplemente dañoso, por acción o por omisión, reprimible por la ley penal, prescribe segun las reglas generales del derecho civil, por no estar incluída de manera taxativa en la norma especial contenida en el artículo 2358 del C. C. Tiene también plena justificación esta fórmula amplia y general de prescripción extintiva, porque cuando se trata de actos no punibles originarios casi siempre de imprevisiones, descuidos o negligencias, no hay interés de orden social que aconseje asimilar la acción civil a ninguna otra de carácter penal, que para estos casos no existe.

3º La acción civil para la reparación del daño proveniente no del hecho o culpa propios, sino del de terceros puestos bajo cuidado o de quienes se deba responder, prescribe según la regla especial que de manera clara consagra el inciso 2º del artículo 2358, que dice: "Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto'.

De esta manera queda rectificado el error de interpretación en que incurrió el Tribunal al estudiar el artículo 2358 del C. C.. cuyo alcance y aplicación quiso limitar exclusivamente a los casos de responsabilidad civil por la comisión de delitos o cuasidelitos penalmente reprimibles, sin fijar la atención, como debió hacerlo, en que el inciso de tal precepto fija los términos especiales de prescripción para los casos de responsabilidad meramente civil, por el hecho dañoso de terceros responsables. Y era lógico que con esa equivocada interpretación considerara que no estaba prescrita la acción civil contra el Municipio, aplicando a este caso los términos generales de prescripción que señala nuestra ley civil".

De consiguiente no prospera el cargo que se analiza y no es posible casar la sentencia acusada.

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 Bogotá, con fecha veintiocho de Abril de mil novecientos cuarenta y uno.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

JOSE MIGUEL ARANGO. — ISAIAS CEPEDA. — LIBORIO ESCALLON. — RICARDO HINESTROSA DAZA. — FULGENCIO LEQUERICA VELEZ. — HERNAN SALAMANCA. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE SIMULACION

1.—El fenómeno jurídico de la simulación, diferente de la falsedad y del fraude, no puede ser considerado por los Tribunales de justicia sino en su estricto sentido de vicio jurídico, desvinculado de su faz exclusivamente moral, como una realidad de la vida social en la que muchas relaciones de derecho se presentan, dentro del campo de licitud legal, con un aspecto objetivo cuya veracidad es divergente de la real y lícita expresión interna de la voluntad jurídica. Huelga advertir que un ataque como éste, inspirado y fundado en conceptos extralegales no ofrece fundamento a ningún estudio de casación por su improcedencia y por su imposibilidad de incidir en la decisión del recurso. 2.—En la apreciación de los indicios es soberano el sentenciador.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Por medio de escritura pública Nº 106, otorgada ante el Notario del Circuito de Bugalagrande el 27 de julio de 1935, el Presbítero doctor Francisco A. Salazar vendió a Guillermo y Ricardo Mejía M. una finca denominada El Carmen o Arenal, ubicada en jurisdicción municipal de Bugalagrande y comprendida dentro de los linderos que allí se expresan, por el precio de $ 3.000 del cual quedaron debiéndole mil. Para obtener el pago de esta parte insoluta del precio Salazar demandó a sus compradores ante el Juzgado del Circuito de Tuluá, el cual, en sentencia del 19 de mayo de 1938, declaró que los demandados estaban obligados al pago de la cantidad precitada, proveniente de parte del precio de la compraventa.

Con fecha 4 de enero de 1936 y por medio de la escritura Nº 1 de la Notaría del Circuito de Ríofrio, Guillermo y Ricardo Mejía vendieron a su hermano Daniel del mismo apellido el predio del Carmen o Arenal, por el mismo precio en que lo habían adquirido. Este, a su turno, celebró contrato de permuta de parte de la finca con Amador Tafurt.

Con estos antecedentes, que figuran entre los hechos fundamentales de la acción, y alegando su referida calidad de acreedor y la manifiesta intención de sus deudores de rehuir el pago de su obligación, el Presbítero Francisco Salazar, personalmente y en libelo de fecha 18 de Noviembre de 1938, dirigido al Juzgado Civil del Circuito de Tuluá, demandó en juicio ordinario a Guillermo, Ricardo y Daniel Mejía para que se declare nulo, por causa de simulación, el contrato de venta de El Arenal o El Carmen, de Ricardo y Guillermo Mejía a Daniel del mismo apellido, constante en la escritura pública Nº 1 de 4 de enero de 1936, de la Notaría de Ríofrio; que, en consecuencia, se ordene la cancelación del instrumento notarial y su inscripción en la Oficina de Registro correspondiente, y que se condene a los demandados al pago de las costas precesales si se opusieren a la acción.

Afirmando la realidad del contrato se opusieron los demandados a las declaraciones solicitadas, y agotados los trámites legales, el Juzgado del Circuito profirió sentencia de primer grado el 18 de abril de 1940, en la cual absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda.

SENTENCIA ACUSADA

Recurrió en apelación contra este fallo el actor y por eso se surtió la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior de Buga, que sentenció el 31 de julio de 1941 confirmando completamente el fallo apelado, con la motivación que en seguida se compendia.

Después de algunas consideraciones generales sobre la naturaleza de la acción incoada, cuyo detalle carece de interés en el recurso, concluye el Tribunal que se ha ejercitado en este caso la acción de simulación para la cual tiene perfecta personería el demandante en virtud de su actual y concreto interés de acreedor amenazado por la insolvencia de sus deudores. Planteado así el litigio y después de recordar que el demandante de la simulación, como tercero que es, tiene irrestricta libertad probatoria para demostrar el fundamento de sus pretensiones, procede a estudiar las pruebas producidas, que se reducen en su totalidad a la indirecta de indicios, los cuales aparecen enumerados y analizados separadamente. La sentencia estudia los siguientes hechos indiciarios alegados por el actor como fuente de la convicción judicial sobre simulación del contrato: la deuda por $ 1.000 de Guillermo a Ricardo Mejía a favor del demandante; el hecho de haberse otorgado la escritura de venta en la Notaría de Ríofrio y ser el Notario amigo íntimo de los otorgantes; ser el comprador hemano de los vendedores; el haberle escrito los deudores al actor para manifestarle la posibilidad de enajenarle, con descuento de su crédito, la misma finca, con posterioridad a la venta que le hicieron a su hemano Daniel Mejía; la declaración de los testigos instrumentales de la escritura sobre el hecho de que en su presencia no se verificó el pago de la compraventa, y el testimonio de Nicolás Trujillo quien asegura haber oído decir a varias personas que el contrato de venta a que se ha hecho referencia no fue sino un simulacro o treta.

El sentenciador estimó que con este acervo indicial, cuya enumeración y análisis hizo respecto de cada hecho en sí y relacionado con los demás, no era posible admitir la inexistencia por simulación del contrato de venta contenido en la escritura Nº 1 del 4 de enero de 1936, y por eso confirmó la solución absolutaria del primer grado.

EL RECURSO

Perdido por el demandante el pleito en sus instancias, recurrió en casación contra la sentencia definitiva del Tribunal, la cual acusa, en escrito personal que denomina alegato de conclusión, principalmente por ser violadora de la ley sustantiva como consecuencia de los errores en que incurrió el Tribunal al apreciar los indicios de la simulación y que lo condujeron a prestar más fe que a lo que ellos demuestran a las declaraciones contenidas en el instrumento público que se otorgó con ocasión del contrato ficticio.

En cuatro capítulos divide el recurrente sus acusaciones. En el primero, denominado "Acción" y con cita de numerosas disposiciones legales, se ensaya demostrar que la simulación es susceptible de ser establecida judicialmente por todos los medios probatorios que autoriza la ley, entre los cuales figuran los indicios y presunciones; que la simulación no puede ser nunca en sí cosa lícita puesto que envuelve una mentira y que el Tribunal se refiere confusamente unas veces a la acción pauliana y otras a la de simulación.

No encuentra la Sala en los razonamientos que forman esta parte de la demanda materia para configurar ningún cargo procedente en casación, porque en lo relacionado con la multiplicidad de los medios probatorios para demostrar la simulación, el Tribunal, como se vio, está en perfecto acuerdo con el recurrente. Es verdad que dentro de las consideraciones generales con que comienza la sentencia, destinadas a determinar la especie de acción que se ha intentado en este juicio pueden señalarse algunas confusiones entre la acción de simulación y la llamada acción pauliana o revocatoria, frecuente-

mente confundidas no obstante que tienen características y condiciones que las distinguen netamente, como en repetidas decisiones lo ha hecho resaltar esta Sala, pero esta circunstancia, que apenas daría base a consideraciones teóricas, no sirve para sustentar cargo ninguno contra el fallo, porque la verdad es que el Tribunal se situó al final en un plano de acierto en lo tocante a la verdadera naturaleza y denominación de la acción ejercitada, como se ve del siguiente pasaje en que consignó su conclusión sobre el particular: "En el acto concreto de autos, como el actor sí expresó en la parte peticionaria de la demanda y en el hecho 7º de la misma que su intención manifiesta era la de solicitar la declaración de que la venta del predio denominado El Carmen o Arenal, hecha por Gillermo y Ricardo Mejía a favor de Daniel Mejía, era simulada, esto es, un traspaso de confianza, una negociación irreal, la Sala sentenciadora considera que el demandante sí ha ejercitado la acción de simulación... Por tanto se entrará a estudiar la acción de simulación, interpretándose la demanda principal en tal sentido, no solo por las consideraciones que se acaban de exponer sino también porque la doctrina sentada sobre el particular por la Corte Suprema de Justicia, es muy clara, terminante y uniforme". No habiendo tampoco en este punto divergencia de tesis ni concepto entre la sentencia y quien la ataca, ningún cargo procedente puede considerarse al respecto.

Por lo que hace a los reparos de carácter moral por cuanto la simulación es siempre un disfraz de la verdad, basta advertir que este fenómeno jurídico, diferente de la falsedad y del fraude, no puede ser considerado por el Tribunal de Justicia sino en su restricto sentido de vicio jurídico, desvinculado de su faz exclusivamente moral, como una realidad de la vida social en la que muchas relaciones de derecho se presentan, dentro del cargo de licitud legal, con un aspecto objetivo cuya veracidad es divergente de la real y lícita expresión interna de la voluntad jurídica. Huelga advertir que un ataque como éste, inspirado y fundado en conceptos extralegales no ofrecen fundamento a ningún estudio de casación por su improcedencia y por su imposibilidad de incidir en la decisión del recurso.

Inútil también el capítulo cuarto dedicado a destacar el interés jurídico del demandante, por versar sobre otro de los puntos fundamentales del fallo que coincide exactamente con los conceptos e intereses del recurrente.

Solamente el segundo y el tercero de los capítulo del alegado del recurrente Salazar tienen pertinencia en casación aunque carezcan de fundamento los cargos que contienen. Se acusa en ellos la sentencia por quebranto de la ley como consecuencia de la equivocada apreciación de las pruebas de simulación "denunciada" y se señalan como violados los artículos 1740, 1741, 1768, 1769 y 1849 del C. C. y 594, 604, 606, 645, 664, 665, 667, 696, 697 y 704 del C. J.

Pretende el recurrente que el Tribunal cometió error de derecho al no tener como confesión de la simulación la carta que con fecha 19 de febrero de 1936 dirigieron al actor Guillermo y Ricardo Mejía para decirle que tenían una sementera de maíz dedicada para el pago de su obligación, pero en todo caso podían venderle la misma finca de El Arenal para descontarla de su precio, cuando al tiempo en que esto decían ya habían vendido el inmueble a su hermano Daniel. Basta anunciar el contenido de esta comunicación para ver la falta total de fundamento con que se quiere ver en este documento alguna confesión y la impropiedad con que respecto de él se citan disposiciones relacionadas con esta especie de prueba.

El Tribunal estudió este decumento como un hecho indiciario, junto con los demás elementos probatorios de esta misma naturaleza que fueron relacionados al extractar la parte motiva del fallo. En el juicio no se produjo ninguna prueba directa. Todo el acervo probatorio se redujo a un haz de indicios sometidos, aislada y conjuntamente, a cuidadoso análisis en la sentencia para concluír sobre su mérito

que los hechos alegados como indicios por el ni solos ni concordados dan pie para admitir la inexistencia, por simulación, del contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 1 de 4 de enero de 1936, cuya validez, por consiguiente, es preciso reconocer.

Contra esta apreciación general que en la sentencia se hace de esta prueba indirecta, en la cual no se ve falta contra la técnica indiciaria que señala la ley, el recurrente se limita a someter los hechos a nuevos estudios analíticos para deducir de ellos inferencias distintas de las que sirvieron de base a la convicción judicial. La naturaleza de esta prueba, equivalente a la presunción denominada **juris tantum o judicial**, la coloca fuera del alcance de ataques como el que se considera, porque la calificación de su mérito la confía la ley del juez de la causa, quien dará o negará el valor de prueba legal a los indicios según el efecto, más moral que jurídicos, que hayan causado en su ánimo de juzgador. Esta modalidad esencial del indicio hace que el juicio ponderativo que de esta prueba ha hecho el Juez escape generalmente al cargo de error en el recurso extraordinario ante la Corte.

Esta ha sido, por lo demás, constante doctrina de esta Sala que ha dicho y repetido que "esta manera de atacar el mérito deducido por el sentenciador de la prueba indiciaria es completamente equivocado e inaceptable en casación. El Juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios porque la ley ha dejado a su juicio calificar sus caracteres de gravedad y precisión según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y los que se trata de averiguar. A la inferencia lógica deducida judicialmente de un hecho, al cálculo de probabilidades fundado en él, no se puede oponer, en ataque de pruebas, otra inferencia distinta, otra interpretación del hecho. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que se genera el indicio, o su descalificación, por ejemplo, por falta de conexión lógica con el hecho que se quiere demostrar". (G. J. Tomo 47 pág. 461).

No habiendo lugar, pues, a declarar fundado ninguno de los cargos formulados, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 31 de julio de 1941, que ha sido materia de este recurso.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Isaías Cepeda — José Miguel Arango — Liborio Escallón — Fulgencio Lequerica Velez — Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca.

Pedro León Rincón Srio. en ppd.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO VERBAL

1.—Siendo el testamento verbal de naturaleza privilegiada debe estar protegido y regulado por normas de excepción, que derogan a su favor algunas de las reglas de derecho común referentes a las formas ordinarias de los testamentos. En un testamento verbal, a pesar de su condición de privilegiado, para apreciar judicialmente su validez es necesario estudiar estos elemetnos: oportunidad, libertad, capacidad y causa. En cuanto al primer elemento, son las circunstancias especiales y extraordinarias que rodearon el acto las que pueden decidir respecto de su oportunidad y de la aceptación de esta forma privilegiada de testar. En lo referente a la segunda condición el acto esencial de testar y la institución de los asignatarios debe ser en cada caso la obra personal e independiente del testador, esto es, que ningún factor extraño pueda limitar la autonomía de su pensamiento y la expresión de su última voluntad. La capacidad consiste en que el testador goce del pleno dominio de sus facultades intelectuales, que está en su cabal juicio y que no está sometido a una *capitis diminutio* por razones de estado mental. La causa en la donación testamentaria reside tanto en la intención abstracta de gratificar como en los móviles impulsores y determinantes que la produjeren, originados casi siempre en los vínculos de la sangre, de la gratitud y del afecto. 2.—Tanto los comentaristas como la jurisprudencia consideran que el acto propiamente dicho de poner por escrito el testamento verbal consiste en la recepción de los testimonios durante el lapso de treinta días, del cual deben descontarse, conforme al artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, los días feriados y de vacaciones. 3.—Las escrituras sobre cesión de derechos hereditarios deben registrarse en el libro número 2, porque no versan sobre traspaso, gravamen o limitación del dominio de inmuebles, ni menos sobre actos constitutivos de hipoteca o de cancelación de éstas. 4.—La simple preterición de un legitimario no puede servir de fundamento a la acción de reforma del testamento. Siempre un asignatario forzoso tiene aptitud y oportunidad durante el juicio sucesorio para hacer valer su derecho preterido, ya que éste lo deriva de la ley y tal alcancetiene el artículo 1276 del C. C.

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

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

1. — Mercedes Gómez murió el 4 de octubre de 1935 dejando como asignatarios forzosos a su madre legítima Celinia Sánchez de Gómez y a sus hijos naturales Paulina, Etelvina, Manuel José, María Josefa, Daniel, Enrique y Ana Mercedes Gómez. De estos hijos Manuel José y Ana Mercedes murieron posteriormente.

2. — El mismo día de su fallecimiento y encontrándose en estado de suma gravedad fue llamado el Notario del Circuito de Pacho, ante quien manifestó Mercedes su deseo de disponer de sus bienes a favor de sus hijos naturales. Luego se procedió por el Notario y los familiares presentes, creyendo interpretar la voluntad de la causante, a la confección de dos escrituras: una por la cual Mercedes Gómez vendía una casa de su propieded, con todos los muebles, enseres y accesorios, ubicada en Pacho a su hija Etelvina Gómez; y otra se-

gunda escritura por la cual Etelvina Gómez vendía la misma finca a los menores hijos de Mercedes Gómez y ésta aceptaba para ellos.

3. — Mientras el Notario confeccionaba tales instrumentos sobrevino un síncope a Mercedes Gómez que le produjo la muerte, sin haber podido legalizarlos ni firmarlos. Dichas escrituras aparecen en los archivos de la Notaría de Pacho distinguidas con los nos. 516 y 517, en el protocolo correspondiente al 4 de octubre de 1935.

4. — A este acto dispositivo de sus bienes se le dió el carácter de testamento verbal de la causante y se procedió a su formalización legal. Por decreto judicial de 23 de enero de 1936 el Juzgado del Circuito de Pacho declaró que Mercedes Gómez, hallándose en peligro de muerte inminente, hizo su testamento ante los testigos Luis Felipe Ruiz R., Guillermo Ruiz R., Francisco Monroy, Carlos Fernández, Benigno Muñoz, Carmen Parra de Báez y Carmen Zamora. En consecuencia, se ordenó tener como testamento verbal y como declaraciones de última voluntad de Mercedes Gómez, las siguientes: "Que su voluntad era que la casa y enseres de ella, así como todo cuanto le pertenecía, se repartiera entre sus hijos, aclarando que lo que le debiera pertenecer a su hija Paulina se le diera más bien a la hija de ésta, de nombre Beatriz Garzón". Esta declaración testamentaria fue protocolizada mediante la escritura Nº 626, de 29 de octubre de 1936, en la Notaría del Circuito de Pacho.

5. — Cuando Celinia Sánchez de Gómez, madre legítima de la testadora, murió el 9 de mayo de 1937 habia otorgado la escritura no. 266, de 10 de marzo de 1936, Notaría 5ª de Bogotá, mediante la cual vendió los derechos y acciones que le correspondan en los bienes dejados por su difunta hija legítima Mercedes Gómez, a la señora Paulina Gómez de Garzón.

Juicio ordinario

Por medio de libelo fechado el 21 de febrero de 1938 Paulina Gómez de Garzón, en su propio nombre, tanto en su condición de su hija natural de la causante, cuanto en la de cesionaria de los derechos hereditarios de Celinia Sánchez de Gómez, demandó por la vía ordinaria la sucesión de Mercedes Gómez, representada por sus herederos testamentarios Etelvina, Manuel José, María Josefa, Daniel y Enrique Gómez y Beatriz Garzón, impetrando del Organo Judicial estas tres pretensiones: a) que es nulo y sin ningun efecto el testamento verbal que dice otorgó Mercedes Gómez el 4 de octubre de 1935, consignado y legalizado por sentencia de 25 de enero de 1936 y protocolizado por escritura 626 del mismo año: b) como subsidiaria, que se reforme dicho testamento en el sentido de declarar que Celinia Sánchez de Gómez, como madre legítima de la causante, tiene derecho a su legítima rigorosa, debidamente representada por la actora como su cesionaria: y c) que en subsidio se declare reformado el mencionado testamento en la parte que dispone que los bienes que correspondan a la actora deben adjudicarse a la hija de ésta Beatriz Garzón, y en su lugar se declare que Paulina Gómez de Garzón tiene derecho a su legítima, en su condición de hija natural de la causante.

El Juzgado del Circuito de Pacho desató la primera instancia en sentencia de abril 20 de 1936, en la cual accedió a la súplica principal de la demanda y declaró nulo y sin ningún efecto el testamento verbal que dice otorgado por Mercedes Gómez. Igualmente declaró que la susodicha causante murió intestada y por consiguiente los bienes que dejó corresponden en la proporción que señala la ley a su ascendiente legítimo Celinia Sánchez, representada hoy por su cesionaria Paulina Gómez de Garzón, y a sus hijos naturales antes mencionados.

La sentencia acusada

En virtud de apelación de la parte demandada le correspondió fallar en el segundo grado al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. En sentencia de 14 de febrero de 1941, que es la que ahora se acusa en casación, revoca la providencia

de primera instancia y en su lugar resuelve negar la petición pricipal sobre nulidad del testamento verbal; declarar que no es el caso de decretar la primera de las peticiones subsidiarias, por carecer la demandante de personería sustantiva, y declarar reformado el testamento verbal en el sentido de reconocer que Paulina Gómez de Garzón tiene derecho a su legítima, en su condición de hija natural de la testadora.

Se abstiene el Tribunal de decretar la nulidad del testamento verbal porque estima, por una parte, que se han cumplido todos los requisitos de forma que nuestra ley exige para los testamentos verbales privilegiados, en el Capítulo IV, Título III, Libro 3º. del Código Civil; por otra parte, estima que Mercedes Gómez sí expresó ante un número plural de testigos hábiles su voluntad evidente y manifiesta de testar, lo mismo que la designación de los asignatarios y de sus cuotas herenciales. Agrega el Tribunal que nada le resta a esa manifestación de última voluntad el hecho de que el Notario y algunos familiares de la testadora hubieran querido darle a esta expresión o manifestación de testar la forma aparente de una doble compraventa.

Le niega a la actora su condición de cesionaria de los derechos hereditarios de Celinia Sánchez de Gómez por la circunstancia de que la escritura 266 de 1936, sobre cesión de derechos hereditarios, debe inscribirse en el Libro de Registro no. 2, según la doctrina del art. 2641 del C. C., por la razón de que este acto no versa sobre traspaso, modificación o gravamen de ningún inmueble, a qué se refiere el numeral 1º de dicho texto; ni sobre constitución o cancelación de una hipoteca, a que alude el numeral 3º de la citada norma. Como tal instrumeto sólo fue registrado en el Libro de Registro no. 1º y en el especial de causas mortuorias, estima que no debe dársele a esa escritura de cesión valor probatorio en juicio, al tenor del art. 2673 del C. C., y como consecuencia, debe desconocerse la personería sustantiva de la cesionaria para actuar en este litigio a nombre de la cedente.

Pero como quiera que la actora sí fue expresamente desheredada en su legítima, como hija natural de la testadora, sin que se demostrara causa justificativa, estima el Tribunal legal y procedente su pedimento a este respecto y ordena reformar el testamento en el sentido de reconocerle a la actora el derecho a su legítima, en su condición de asignataria forzosa.

El recurso

Interpone recurso de casación la parte actora con fundamento en la causal 1ª del art. 520 del C. J. y acusa la sentencia por estos tres cargos:

Primer cargo. — Violación del art. 1089 del Código Civil.

En los testamentos privilegiados es condición esencial que el testador exprese claramente su intención de testar. El contexto de las declaraciones de los testigos actuarios y el de las escrituras 516 y 517, que no alcanzó a firmar la causante, demuestran con claridad, en concepto del recurrente, que la intención tanto de la señora Gómez como de las personas que la asistían en esos momentos no era la de otorgar testamento, sino la de correr dos escrituras de venta simulada de todos sus bienes, para burlar el derecho de herencia de su ascendiente legítima Celinia Sánchez de Gómez. De manera que al deducir el Tribunal de esas pruebas la voluntad de testar, comete error de hecho y de derecho en su apreciación y viola directamente el art. 1089 del C. C.

Considera la Sala de Casación:

A. — La variedad de formalidades externas exigidas por nuestra ley para el acto testamentario se justifica tan sólo como un medio necesario para proteger la independencia del testador y la automonía de su voluntad. Se hacen más aconsejables estas precauciones cuanto que tal acto de voluntad suele casi siempre ejercitarse cuando el sér humano se halla más expuesto por el debilitamiento físico,

mental o moral, a los asaltos coactivos de voluntades extrañas e interesadas.

En cuanto a tales formas y requisitos, considerados en sí mismo, siendo el testamento verbal de naturaleza privilegiada debe estar protegido y regulado por normas de excepción, que derogan a su favor algunas de las reglas del derecho común referentes a las formas ordinarias de los testamentos. Esto es así porque en la mayoría de los casos en que es permitido esta clase de actos de última voluntad, es no sólo difícil sino a veces imposible llenar las formalidades generales de los otros actos testamentarios, y de ahí la necesidad de atenuar el rigor del derecho común.

En un testamento verbal, a pesar de su condición de privilegiado, para apreciar judicialmente su validez es necesario estudiar estos elementos: oportunidad, libertad, capacidad y causa.

En cuanto al primer elemento, son las circunstancias especiales y extraordinarias que rodearon el acto las que pueden decidir respecto de su oportunidad y de la aceptación de estas formas privilegiadas de testar. Ya dijo esta Sala en casación anterior que "el testamento privilegiado verbal no puede ser, en cuanto a su oportunidad, ajustado a condiciones abstractas, sino que las exigencias del art. 1092 del C. C. solamente se cumplen en cada caso mediante el análisis de las circunstancias que originaron y rodearon su otorgamiento". (C. J. Tomo XLVI, pág. 287),

En lo referente a la segunda condición —la libertad— el acto esencial de testar y la institución de los asignatarios debe ser en cada caso la obra personal e independiente del testador, esto es, que ningún factor extraño pueda limitar la autonomía de su pensamiento y la expresión de su última voluntad.

La capacidad consiste en que el testador goce del pleno dominio de sus facultades intelectuales, que esté en su cabal juicio y que no está sometido a una capitis **deminutio** por razones de estado mental.

La causa en la donación testamentaria reside tanto en la intención abstracta de gratificar camo en los móviles impulsores y determinantes que la produjeron, originados casi siempre en los vínculos de la sangre, de la gratitud y del afecto.

Es suficiente la lectura de los testimonios agregados al proceso, rendidos por los testigos presenciales y actuarios, para concluír que la causante Mercedes Gómez sí tuvo la intención clara y nítida de realizar un acto dispositivo de última voluntad respecto de sus bienes. Al sentirse gravemente enferma y en peligro de morir, hizo llamar al Notario de Pacho Luis Felipe Ruiz y en su presencia y en la de los actuarios Guillermo Ruiz, Francisco Monroy, Carlos Fernández y Carmen Zamora, entre otros, manifestó con frases inequívocas y suficientemente expresivas que todo lo que tenía era para sus hijos y que "si una pulga tenía era para ellos". Igualmente, como acto también de última voluntad, pretendió desheredar a su hija Paulina, que es la actora en este pleito, disponiendo que lo que a ésta pudiera corresponderle se lo entregaran a su hija Beatriz Garzón. Esta última circunstancia también evidencia su volunad de testar, ya que no puede desheredarse sino por acto de última voluntad.

Bien es verdad que por simulación de varias personas de la familia allí presentes se quiso dar a este acto de liberalidad de la causante la forma externa de dos compraventas simuladas y al efecto se confeccionaron los proyectos de escrituras que aparecen en el protoloco de Pacho con los números 516 y 517. Pero aun existiendo tal hecho, que fue ajeno al auténtico deseo de la testadora, su voluntad pudo expresarse con suficiente claridad en el sentido de disponer de sus bienes dejándoselos a sus hijos, con la única condición de sustituír a su hija paulina por la nieta Beatriz.

Si, pues, era la oportunidad de otorgarse el testamento verbal por la grave enfermedad de la testadora quien falleció momentos después; si estaba es su cabal entendimiento y expresó con claridad su voluntad de realizar un acto dispositivo

de última hora, el acto testamentario es válido porque reune todas las exigencias legales. Al deducir el Tribunal de tales testimonios la voluntad de la testadora no ha cometido error evidente de hecho ni de derecho en su apreciación, ni ha infringido directamente el art. 1089 del C. C. Se rechaza el cargo.

Segundo cargo. — Estima el recurrente que al aceptar el Tribunal como válido el testamento verbal violó directamente el art. 1093 ibíden, en la parte de tal precepto que dispone extenderlo por escrito, con las formalidades legales, dentro de los treinta días siguientes a la muerte del testador. Esta violación proviene también de apreciación errónea de la prueba testimonial, en cuanto a las fechas en que fueron recibidas al practicarse las diligencias testamentarias.

La Corte considera:

Dispone el art. 1093 del C. C. que el testamento verbal no tendrá valor alguno si el testador falleció después de los treinta días subsiguientes al otorgamiento, o si habiendo fallecido antes, no se hubieran puesto por escrito el testamento con las formalidades prescritas en el art. 1094. dentro de los treinta días subsiguientes al de la muerte.

Esta norma legal, (art. 1094), determina las personas a quienes deben recibirse declaraciones juradas por haber presenciado y oído sin interrupción las declaraciones de la testadora como testigos instrumentales. Tanto los comentaristas como la jurisprudencia consideran que el acto propiamente dicho de poner por escrito esta clase de testamentos privilegiados consiste en la recepción de los testigos durante el lapso de esos treinta días. En sentencia de 3 de septiembre de 1935 dijo esta Corte: "Para librar de caducidad un testamento verbal, si no se pone por escrito dentro de los treinta días siguientes al de la muerte del testador, basta que dentro de ese término declaren los testigos instrumentales ante el Juez competente, sobre los puntos y en la forma prescritos en los art. 1094 y 1095 del Código Civil. Ello tiene por objeto evitar la infidelidad de los recuerdos de los declarantes por el transcurso del tiempo porque el testamento verbal está en esencia constituído de viva voz y puestas por escrito bajo la declaración de los testigos instrumentales que lo vieron, oyeron y entendieron".

Estatuye el art. 62 de nuestro Código de Régimen Político y Municipal, (Ley 4ª de 1.913), que siempre que se fijen en las leyes plazos de días para actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes y este precepto subrogó el art. 70 del C. C. Como quiera que el testador murió el 4 de octubre de 1935, hay que concluír, como lo hace la sentencia del Tribunal, que descontados por lo menos cuatro días inhábiles en cada lapso de treinta días, los testimonios de Guillermo y Luis Felipe Ruiz, Francisco Monroy, Luis Carlos Fernández y Carmen Zamora fueron recibidos dentro del término legal fijado, ya que fueron evacuados en los días 5 a 8 de noviembre subsiguiente.

Si la formalidad esencial en el testamento verbal es la recepción de sus deposiciones a los testigos instrumentales, y si esa diligencia debe practicarse dentro del perentorio término de treinta días hábiles, hay que concluír que el cargo fundado en esa circunstancia es inválido y debe rechazarse. No existe violación del art. 1093 del C. C.

Tercer cargo. — Violación de los arts. 1240, 2641 y 2652 del C. C., al exigir el Tribunal como condición indispensable para dar validez a la escritura de cesión de derechos herenciales no. 266 que estuviera inscrita en el Libro de Registro no.2, siendo así que tal instrumento fue debidamente registrado, como lo fue, en el especial de causas mortuorias.

Consecuencia de tal error fue que no reconocieran la personería sustantiva de la actora como cesionaria de Celinia Sánchez de Gómez y negara, en consecuencia, la petición primera subsidiaria sobre reforma en tal sentido del testamento.

Se considera:

En la venta de derechos hereditarios lo que en realidad traspasa el cedente en su con-

dición auténtica de heredero y la espectativa de que demostrada esa condición, su cuota herencial se fije o radique posteriormente en determinados bienes sucesorales.

Según lo estatuye el art. 2641 del C. C., en el Libro de Registro no. 1º sólo deben inscribirse los títulos que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los bienes inmuebles; y en el Libro de Registro no .3º únicamente los títulos legales constitutivos de hipoteca. Es en el Libro de Registro no. 2 donde deben inscribirse los títulos, actas y documentos que deben registrarse y que no están comprendidos en las clasificaciones anteriores.

La escritura 266 fue registrada en el Libro no. 1º y en el de causas mortuorias. Falta determinar si debe rechazarse como prueba de la cesión, por no estar registrada en el Libro no. 2.

El art. 38 de la ley 57 de 1887 creó otros libros de registro, entre éstos el de causas mortuorias, autos de embargo y demandas civiles. Pero aparece claro que dicha norma no quiso introducir en nuestro sistema orgánico de inscripción y publicidad modificación alguna en lo concerniente a la manera como el art. 2641 del C. C. estableció que no registraran las escrituras sobre cesión de derechos hereditarios, las que necesariamente deben registrarse en el Libro no. 2., porque a la vista salta que no versa sobre traspaso,modificación, gravamen o limitación del dominio de inmuebles, ni menos sobre actos constitutivos de hipoteca o de cancelación de éstas.

Por lo demás, si se pensara en que hay una sucesión de por medio, tampoco esa consideración determinaría por sí sola el registro de tales cesiones en el Libro de causas mortuorias, porque bien sabido es que tal Libro según art. 38, está destinado exclusivamente para los títulos o actos que tengan origen en un **juicio de sucesión,** verbi gratia el decreto de posesión efecitiva, la partición y su sentencia aprobatoria; y los instrumentos sobre cesión de derechos hereditarios sólo contienen contratos sobre enajenación de un derecho genérico y abstracto que no proviene ni se deriva de las resultas de tal juicio. (Véase sentencia de 20 de septiembre de 1940. G. J. Tomo L, pág. 91).

Ahora bien, habiendo sido olvidada o preterida la cedente en el testamento verbal, ya que como ascendiente legítimo es asignatario forzoso y debe concurrir a la herencia con los hijos naturales, también debe confirmarse la doctrina del Tribunal consistente que la simple preterición de un legitimario no puede servir de fundamento a la acción de reforma del testamento.

Siempre un asignatario forzoso tiene aptitud y oportunidad durante el juicio sucesorio para hacer valer su derecho preterido ya que éste lo deriva de la ley y tal es el alcance que tiene el artículo 1276 del C. C., cuando dispone que el haber sido pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima.

De manera que en este cargo la actora, como cesionaria de la asignataria forzosa Celinia Sánchez de Gómez, una vez que cumpla a cabalidad la formalidad legal del registro, puede hacer valer tal derecho en el juicio sucesorio de la causante.

No es fundado este cargo. Se rechaza.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 14 de febrero de 1.941.

Las costas serán de cargo de la recurrente.

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

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

ACCION DE NULIDAD RELATIVA DEL REMATE EJECUTADO POR EL SINDICO DE UN CONCURSO DE ACREEDORES

El artículo 1856 del C. C. no establece una verdadera prohibición, que venga a constituír objeto ilícito, generador de nulidad absoluta, sino que condiciona la validez del contrato al lleno de determinadas formalidades en consideración, no a la naturaleza del acto, sino a la calidad o estado de una de las personas que intervinieron en él. La interpretación de que la acción de rescisión corresponde únicamente a los acreedores del concursado es errónea, porque es innegable que el deudor tiene también un interés evidente, no sólo en que el valor de los bienes alcance para cubrir todas sus deudas, a fin de quedar libre de ellas en el futuro, sino en que le sobre algo, con el cual podría beneficiarse, a lo que se agrega que no obstante la cesión el deudor conserva el dominio de los bienes y sólo se trasfiere a los acreedores la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos, conforme al artículo 1678 del C. C., lo que está indicando que él tiene verdadero interés jurídico en que los bienes se realicen en las mejores condiciones posibles. Así, pues, estima la Corte que tanto el deudor como los acreedores pueden, tratándose de un concurso, ejercitar las acciones sobre nulidad relativa que pueda afectar las enajenaciones de bienes pertenecientes a ese concurso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

El señor Valentín Restrepo hizo cesión de bienes ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, con motivo de lo cual se le formó concurso de acreedores. En él fue nombrado el señor Alfonso Londoño S., primero depositario y luégo Síndico. Posteriormente Londoño S. compró algunos de los créditos a los respectivos acreedores viniendo así a quedar con el doble carácter de acreedor y de Síndico, y como tal acreedor remató un inmueble perteneciente al concurso, denominado LA LOMA, ubicado en jurisdicción de Medellín, en el paraje conocido con el nombre GRANIZAL o PORTACHUELO.

El 16 de julio de 1935 Valentín Restrepo demandó a Londoño, ante el Juzgado 4º Civil del mismo Circuito, silicitando se declarase la nulidad absoluta del remate, del auto que lo aprobó y del registro correspondiente, por considerar que en su calidad de Síndico no podía adquirir para sí bienes del concurso.

El Juzgado en sentencia de 5 de Julio de 1936, negó las peticiones de la demanda porque estimó que la calidad de Síndico no constituye impedimento legal para adquirir en remate como acreedor, todos o algunos de los bienes de la masa concursada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en fallo de cinco de mayo de 1937, por estar en desacuerdo con el Juzgado, revocó el de primer grado y resolvió favorablemente las peticiones de la demanda.

Londoño interpuso entonces recurso de casación que la Corte decidió en sentencia de fecha 30 de Agosto de 1938, por medio de la cual casó la del Tribunal y confirmó la del Juzgado. En dicha sentencia la Corte estimó que la nulidad de que adolecía el remate no era absoluta sino relativa, pero que no podía entrar a decretar ésta "so pena de cambiar la acción".

En este estado las cosas, Valentín Restrepo presentó nueva demanda ordinaria

contra Londoño el 27 de Octubre de 1938, ante el Juez 1º del Circuito de Medellín en la cual pidió que se declare nulo, de nulidad relativa, el expresado remate; que, en consecuencia, carecen de valor el auto aprobatorio de él y la inscripción del mismo, verificada en la Oficina de Registtro de la indicada ciudad; que el inmueble rematado pertenece a la masa del concurso abierto a sus bienes en el Juzgado 3º; que Londoño está en la obligación de restituír al concurso, dentro del plazo que se le señale, la finca rematada, con los frutos naturales y civiles que haya producido o podido producir, a contar de la fecha de la contestación de la demanda, y que el demandado debe pagar las costas del juicio.

Subsidiariamente pidió que se declare que Londoño debe pagar al concurso, dentro del plazo que se le señale, la cantidad de $ 2.800, valor del remate, y los intereses de esa suma desde la fecha de éste.

La demanda la fundó en los mismos hechos y razones de la primera.

El demandado contestó oponiéndose, y entre otras excepciones propuso las de carencia de acción, cosa juzgada y prescripción.

Agotada la actuación de primer grado, el Juez a quo falló el pleito el 29 de Abril de 1939, declarando probada la excepción de cosa juzgada.

De ese fallo apelaron ambas partes, y subido el asunto al Tribunal Superior y surtidos allí los trámites legales, dicha entidad lo revocó por sentencia del dos de septiembre de mil novecientos cuarenta, que es la recurrida ahora, absolvió al demandado de los cargos de la demanda y no hizo condenación en costas.

Consideró el Tribunal que Valentín Restrepo, concursado, no tiene derecho a pedir la nulidad del remate, y que, por tanto, carece de interés jurídico, por lo cual "no hay identidad entre la persona que ejercita la acción y aquella a quien la ley la confiere". Estimó que la referida acción la establece la ley en favor de los acreedores, pero no del deudor.

EL RECURSO

Contra la sentencia del Tribunal interpuso Restrepo recurso de casación, el que pasa a decidirse por hallarse debidamente preparado.

Con apoyo en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J. formula el recurrente, por separado, dos cargos contra la sentencia, que en realidad envuelven uno solo, el de violación de disposiciones sustantivas, por interpretación errónea y por falta de aplicación. Estima que se violaron los artículos 501, 575, 577 — inciso 2º —, 1678, inciso 2º, 1743, 1856 y 2170 del C. C., y 1085 ordinal 10 — y 1087 del C. J.

Se considera:

La Corte, en la sentencia de fecha treinta de Agosto de mil novecientos treinta y ocho, de que atrás se habló, pronunciada en el juicio anterior seguido entre las mismas partes, sobre nulidad absoluta del remate a que se refiere este pleito, sentencia que en copia auténtica obra en autos, dijo:

"Que no obstante lo dicho, es inaplicable entre nosotros la teoría francesa, según lo cual el Síndico puede ser rematante de los bienes del quebrado, salvo si lo prohiben estatutos corporativos especiales, porque no procede como representante del deudor, y los bienes licitados pertenecen al quebrado, puesto que él conserva su derecho de dominio sobre ellos; que, en efecto, el artículo 1856 del C. C., que a juicio de la Corte se inspira en una política del derecho superior en su teología a la de las fuentes francesas, al mismo tiempo que precisa el alcance de los artículos 1085 — ordinal 10 — y 1087 del C. J., en el sentido de impedir la aplicación por analogía, en este punto concreto, de los artículos 484, y 501 del C. C., como erróneamente lo hizo el Tribunal, sanciona la nulidad relativa el acto jurídico que se está analizando, la cual está instituída con la mira de proteger interés particular del quebrado y no un interés público, y es, por consiguiente, susceptible de validación; que como la acción ejercitada ha sido la nulidad absoluta, no puede declararse por la Corte la

rescisión del acto controvertido, so pena de cambiar la acción".

Según esto, la Corte tiene ya aceptado que el remate verificado por el señor Londoño S., de que se ha hecho referencia, quedó afectado de nulidad relativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1856, en relación con el 2170 del C. C., y la Sala encuentra ahora que esa apreciación es jurídica, porque el citado artículo 1856 no establece una verdadera prohibición, que venga a constituír objeto ilícito, generador de nulidad absoluta, sino que condiciona la validez del contrato, en este caso del remate, al lleno de determinadas formalidades, en consideración no a la naturaleza del acto, sino a la calidad o estado de una de las personas que intervinieron en él. Cabe, además, advertir que no hay constancia en autos de que los acreedores, ni el deudor, autorizaran expresamente al Síndico para verificar el remate.

Ahora bien: a quién concede la ley la correspondiente acción de rescisión?

El artículo 1743 dice que la nulidad relativa sólo puede alegarse "por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios".

El Tribunal, en la sentencia recurrida, sostiene que en este caso únicamente puede considerarse establecida en favor de los acreedores, que vienen a ser los dueños de los bienes concursados.

La Corte estima que esta interpretación es errónea, porque es innegable que el deudor tiene también un interés evidente, no sólo en que el valor de los bienes alcance para cubrir todas sus deudas, a fin de quedar libre de ellas en el futuro, sino en que le sobre algún remanente, con el cual podría beneficiarse, a lo que se agrega que no obstante la cesión el deudor conserva el dominio de los bienes y sólo transfiere a los acreedores la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos, conforme al art. 1678 del C. C., lo que está indicando que él tiene verdadero interés jurídico en que los bieens se realicen en las mejores condiciones posibles. Por lo demás, esta misma opinión expresó la Corte en la sentencia antes aludida, en la cual dijo que la nulidad relativa "está instituída con la mira de proteger el interés particular del quebrado, y no un interés público". En consecuencia estima la Corte que tanto el deudor como los acreedores pueden, tratándose de un concurso, ejercitar las acciones sobre nulidad relativa que puedan afectar las enajenaciones de bienes pertenecientes a ese concurso.

De lo dicho fluye la conclusión de que es fundado el cargo de violación de los artículos 1743 y 1856 del C. C., alegado por el recurrente contra la sentencia del Tribunal, la cual habrá de infirmarse para dictar en su lugar la resolución que corresponda.

Al entrar en instancia, además de las razones expuestas, que sirven de fundamento a este fallo, la Corte debe estudiar las excepciones propuestas por el demandado, y a ello procede.

La carencia de acción ha quedado analizada y no es procedente, como se ha visto; las de inepta demanda, falsedad, dolo y la denominada genérica, o sea todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, excepciones que el demandante ni siquiera dijo en qué las fundaba, no encuentran respaldo alguno en los autos. Quedan por estudiar la de cosa juzgada, que el Juez **a quo** consideró probada, y la de prescripción.

Respecto de la primera, el Tribunal, acertadamente, no aceptó los razonamientos del Juzgado y dijo en relación con ella:

"Si se negó la declaratoria de nulidad absoluta, puede pedirse hoy la nulidad relativa, porque son dos acciones distintas, obedecen a un interés distinto, están radicadas en cabeza distinta y tienen un fundamento en actuaciones de ley diferente". Son suficientes esas razones, que la Corte acoge, para concluír que no está demostrada la excepción de cosa juzgada.

Tampoco está probada la de prescripción, como se verá en seguida.

De acuerdo con el artículo 1750 del C. C. la acción de nulidad prescribe en cuatro años. En el caso presente el cuatrenio debe

contarse desde la ejecutoria del auto que aprobó el remate, porque mientras no haya sido aprobado y no esté en firme la providencia respectiva, no puede decirse que ha habido remate.

Según los datos que arroja el expediente, la licitación pública se verificó el 20 de Octubre de 1934 y fue aprobada por auto del 28 de Febrero de 1935; y como la demanda del señor Restrepo, que dio origen a este juicio, se presentó el 27 de Octubre de 1938 y le fue legalmente notificada al señor Londoño el 8 de Noviembre del propio año, salta a la vista que no había transcurrido el cuatrenio que señala el artículo 1750 del C. C.

Como según el artículo 1746 del C. C., decretada la rescisión del remate las cosas deben volver al estado que tenían antes, son procedentes las peticiones consecuenciales de la demanda, con la advertencia de que al señor Londoño se le debe considerar como poseedor de buena fe.

No es el caso de hacer condenación alguna en costas.

Teniendo en cuenta las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha dos de Septiembre de mil novecientos cuarenta, y previa revocatoria de la de primer grado, proferida por el Juez 1º Civil del Circuito de Medellín el veintinueve de Abril de mil novecientos treinta y nueve, falla este pleito así:

PRIMERO: Declárase rescindido el remate verificado por el señor Alfonso Londoño S. el veinte de Octubre de mil novecientos treinta y cuatro, ante el Juez 3º Civil del Circuito de Medellín, de un terreno, con casa de tapias y tejas, agua y demás mejoras y anexidades, ubicado en jurisdicción del expresado Municipio, en el sitio o paraje denominado PORTACHUELO o LA LOMA y alinderado como en la diligencia de remate se indica.

SEGUNDO: Consecuencialmente, quedar sin valor o efecto alguno el auto aprobatorio de dicho remate, pronunciado por el Juez 3º Civil del Circuito de Medellín el veintiocho de Febrero de mil novecientos treinta y cinco, y la inscripción de la respectiva diligencia de remate, hecha en la Oficina de Registro de la mencionada ciudad, el diez y seis de Julio de mil novecientos treinta y cinco, en el Libro número 1º Impar, al folio 518, partida número 1310.

TERCERO: Condénase al señor Alfonso Londoño S. a restituír a la masa del concurso de acreedores formado a los bienes del señor Valentín Restrepo en el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del auto de obedecimiento y cumplimiento que dicte el Juez **a quo**, la finca de que trata el punto PRIMERO anterior, con los frutos naturales y civiles que hayan percibido desde la fecha de la contestación de la demanda que dio origen a este pleito.

CUARTO: El señor Alfonso Londoño S. seguirá figurando en el concurso referido como acreedor del señor Valentín Restrepo por las mismas cantidades que a él se le debían antes de verificarse el remate que se declara rescindido.

QUINTO: 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 Velez. — Hernán Salamanca. — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RESOLUCION DE UNA PROMESA DE CONTRATO. — EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

1.—La promesa de celebrar un contrato, como todo pacto bilateral, es susceptible de resolución al tenor del artículo 1546 del Código Civil. 2.—Se entiende por efectos de las obligaciones los derechos que confiere la ley al acreedor para exigir y asegurar el cumplimiento oportuno y total de la obligación por parte del deudor. Para cumplir estos fines, o sea los efectos de las obligaciones, se dictó el artículo 1610 del C. C., es decir, para obligar coercitivamente al deudor al cumplimiento de su obligación, lo que vale decir que esa disposición se refiere al cumplimiento forzoso de la obligación que tiene su nacimiento en alguna de las cuatro condiciones enumeradas en el artículo 1494. De estas premisas se desprende que los casos señalados en los numerales 1º, 2º, 3º del artículo 1610, son los medios que la justicia pone en manos del acreedor, a su elección, para la ejecución forzada de la obligación, pero sólo para su cumplimiento, lo que no excluye ni podía excluír que el acreedor opte, no por hacer cumplir la obligación, sino por resolverla, pues sería insólito que éste quede permanentemente ligado por un vínculo jurídico indisoluble a pesar de que el deudor estuviera constituído en mora, y que en esta mora no le quedara vía legal que la de la ejecución forzada cuando el acreedor no desea el cumplimiento de la obligación sino su extinción, contrariando el principio general de que los contratos bilaterales pueden resolverse por incumplimiento de una de las partes, cuando no optan por su ejecución.

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

(Ponente: Magistrado doctor José Miguel Arango)

ANTECEDENTES

Don Luis Camacho Matiz celebró con la señora Margarita Hoyos de Uribe una promesa de contrato relativa a una casa de habitación situada en esta ciudad, compromiso que hicieron constar en documento privado suscrito el 1º de abril de 1938.

Tiempo después en el momento en que la promesa debía convertirse en un verdadero contrato de compraventa, el señor Camacho Matiz se negó a firmar la correspondiente escritura pública, diciendo que el inmueble que prometió comprar estaba gravado con un servicio de albañal que descendía del edificio contiguo y atravesaba el predio donde estaba edificada la casa materia de la promesa de contrato.

Por ese motivo el señor Camacho Matiz demandó a la señora Hoyos de Uribe para que se hicieran, por la justicia ordinaria estas declaraciones:

"1ª Rescindido o resuelto el contrato de compromiso de compraventa que hizo constar en documento privado de fecha 1º de abril del corriente año, suscrito en esta ciudad por la señora Margarita Hoyos de Uribe y por mí, con respecto al inmueble determinado en el hecho segundo de esta demanda, por incumplimiento de las obligaciones en él contraídas por parte de la señora demandada, o sea de la promitente vendedora.

"2º Extinguidas para mí las obligaciones que contraje en el referido contrato de compromiso de compraventa.

"3º Obligar a la señora Margarita Hoyos de Uribe, a devolverme o restituírme, seis días después de notificada la sentencia que

le ponga fin de este juicio, la suma de $ 10.000 moneda legal colombiana o sea la suma de $ 10.000 moneda legal colombiana (sic), doblada que como parte del precio del inmueble prometido en venta le dí con el carácter de arras de contrato, junto con los intereses correspondientes a partir desde el día en que los entregué, o sea desde el primero de abril del corriente año, o subsidiariamente desde cuando el señor Juez determine que se me deban hasta cuando me los pague.

"4ª Obligar a la señora Margarita Hoyos de Uribe a pagarme, seis días después de que quede notificada la sentencia, en que queden determinados los perjuicios que por el incumplimiento del contrato de compromiso cuestionado, me ha ocasionado, teniendo en cuenta el lucro cesante y el daño emergente, perjuicios que estimo en la suma de $ 10.000 moneda legal colombiana, o el que en el curso de este juicio o en el de otro especial separado, en el que solo se controvierta dicha fijación, se determinare por los medios legales.

"5ª Resuelta o rescindida la compraventa de los enseres determinados en el hecho quinto de esta demanda, por carecer de objeto dicho contrato y obligada la señora Hoyos de Uribe a devolverme, seis días después de notificada la sentencia que le ponga fin al juicio, la suma de $ 665 moneda corriente, junto con sus intereses correspondientes, a partir desde el día 1º de abril del corriente año o subsidiariamente desde cuando determine el señor Juez, hasta cuando el pago se verifique.

"6ª Obligada la señora Margarita Hoyos de Uribe a pagarme, seis días después de notificada la sentencia en que queden determinados los perjuicios que me ha ocasionado por la resolución o rescisión de dicho contrato, por su culpa, perjuicios que estimo en la suma de $ 500 pesos moneda legal colombiana, o sea en la que se fije en el curso de este juicio o en el de otro especial separado, en el que solo se controvierta dicha fijación, por los medios legales.

"7ª Que tengo derecho a retener el inmueble determinano en el hecho segundo de esta demanda, hasta tanto me sean satisfechas por la señora demandada, Margarita Hoyos de Uribe, todas las prestaciones a que dicha señora sea condenada por efecto de la presente demanda".

SENTENCIAS

El Juez del conocimiento en sentencia de 11 de febrero de 1941 negó todas las declaraciones pedidas en la demanda y condenó en costas al demandante.

En grado de apelación subió el fallo al Tribunal Superior de Bogotá y esta entidad en decisión de 15 de julio de 1941 confirmó en todas sus partes la sentencia apelada con costas a cargo del recurrente.

Consideró el fallador de segundo grado que el apelante no había comprobado causal alguna suficiente para fundar la petición que habia hecho sobre rescisión de la promesa de venta, que consideró como una de las principales peticiones aducidas en el libero de la demanda.

En segundo término rechazó la acción resolutoria, también incoada, porque en concepto del fallador esta acción no tiene aplicación en tratándose de obligaciones de hacer, las cuales se rigen específicamente por el artículo 1610 del Código Civil, disposición que a juicio del Tribunal de Bogotá, excluye la acción de resolución.

También afirmó el fallador que el albañal que atraviesa el predio, materia de la promesa de contrato, debe constar por algún título para que pueda considerarse, jurídicamente hablando, que sobre el predio sirviente, hoy materia del presente litigio, pesa un gravámen o servidumbre.

Estos razonamientos y conceptos sirvieron de basamento al tribunal de segundo grado para negar las peticiones del actor y confirmar el fallo del juez a quo.

Ante la Corte llegóse, en recurso de casación, el apoderado del demandante y como él ha prosperado, se analizan los cargos que contra el fallo se hacen valer en este recurso excepcional.

ESTUDIO DEL RECURSO

No comparte la Corte la interpretación

que el Tribunal hizo respecto de las acciones incoadas por Camacho Matiz, sin que esta apreciación haya de tomarse como un estudio o análisis de ese concepto que tuviera alguna fuerza en casación, porque esta disparidad de opiniones no ha sido materia de ataque ante esta superioridad. Se hace esta manifestación para deducir que la única acción principal ha sido la de resolución de la promesa de contrato contenida en el documento de 1º de abril de 1938.

La petición primera solicita se declare "rescindido o resuelto el contrato de compromiso de compraventa que se hizo constar en el documento de fecha 1º de abril de 1938". Así dice la demanda corregida que corre al folio 17 del cuaderno número 1º del juzgado respectivo.

Basta la lectura de este pedimento para comprender que el demandante no instauró dos acciones independientes la una de la otra, con entidad jurídica propia de cada una de ellas, sino que consideró que la acción de resolución era la misma acción rescisoria y no una distinta. Esta advertencia ha de refluír en el estudio de los motivos de casación invocados, para eludir el cargo relativo a la acción rescisoria, que no fué invocada con independencia de la resolutoria y que aún, si no hubiera sido, concedido esto en gracia de disputa, su estudio no tendría importancia al presente porque el motivo que la Sala encuentra justificado en el recurso de casación, es bastante para quebrar totalmente el fallo de segunda instancia, lo que la inhíbe de considerar las demás causales o motivos alegados, de acuerdo con el artículo 538 de Código Judicial.

El apoderado del señor Camacho Matiz afirma que cuando el sentenciador de Bogotá resolvió que la promesa de contrato no es suceptible de acción resolutoria, fundado en una antigua doctrina de la Corte de Casación, violó el artículo 1546 del Código Civil por no haberlo aplicado y el 1610 de allí por haberlo interpretado errróneamente.

El cargo tal como se hace y en los términos en que está redactado, ha de prosperar, a juicio de la Corte.

En efecto el artículo 1546 hace parte del título 4º del Libro 4º del Código Civil que trata de las obligaciones condicionales y modales y preceptúa, sin excepción alguna, consignada en el mismo texto y de manera generalísima para todos los contratos bilaterales, que en ellos va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. En vista de este claro mandato civil, no le es dado al fallador añadir al ordenamiento del artículo 1546 excepción ninguna, que no esté consagrada en la otra disposición legal porque es principio de aplicación imperativa, que las excepciones son de estricta interpretación. Así, para el contrato bilateral de arrendamiento ha dicho la ley, no que él se resuelva sino que se termine o rescinda o que se desista (artículos 1893, 1990, 1996 etc, del Código Civil), porque la resolución, que tiene por finalidad volver las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, no puede aplicarse al de arrendamiento que es un pacto de ejecución sucesiva, circunstancia ésta que impide reponer las cosas al estado que tenía antes de la celebración del pacto.

La promesa de celebrar un contrato, cuando las partes se obligan recíprocamente, es una verdadera convención bilateral, porque el obligarse los contratantes recíprocamente, es condición que imprime carácter de bilateral a un pacto (Artículo 1496 del Código Civil).

Si la promesa de celebrar un contrato constituye una convención bilateral, a esa convención ha de aplicarse el artículo 1546 que es ley para todos los contratos bilaterales, sin que pueda considerarse la promesa de celebrar un contrato, como una excepción de ordenamiento general de aquel artículo, porque esa excepción tendría que tener como base, una expresa disposición de la ley civil, que hasta el presente no existe.

El artículo 1610 invocado por el Tribunal y según el cual a juicio del fallador, cuando la obligación es de hacer, no le

queda al acreedor más que los tres medios que allí se señalan, excluyendo el de resolución, es un texto que no comporta la interpretación que le ha dado el Tribunal de Bogotá.

El artículo 1610 hace parte del título 12 del Código Civil que trata del efecto de las obligaciones, ya procedan ellas del concurso real de voluntades de dos o más personas; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga; ora a consecuencia de un hecho que ha causado injuria o daño a otra persona; o bien por disposición de la ley.

Se entiende por **efectos de las obligaciones** los derechos que la ley confiere al acreedor para exigir y asegurar el cumplimiento oportuno y total de la obligación por parte del deudor. Para cumplir estos fines, o sea los efectos de las obligaciones, fué para lo cual se dictó el artículo 1610 del Código Civil es decir para obligar coercitivamente al deudor al cumplimiento de su obligación, lo que vale decir que esa disposición se refiere al cumplimiento forzado de la obligación que tiene su nacimiento en alguna de las cuatro condiciones ya enumeradas en el artículo 1494.

De estas premisas se desprende que los casos señalados en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 1610, son los medios que la justicia pone en manos del acreedor, a su elección para la ejecución forzada de la obligación, pero sólo para ese cumplimiento, lo que no excluye ni podía excluir que el acreedor optara, no por hacer cumplir la obligación sino por resolverla, pues sería insólito que éste quedara permanentemente ligado por un vínculo jurídico indisoluble a pesar de que el deudor estuviera constituído en mora, y que en esta mora no le quedara más vía legal que la de la ejecución forzada cuando el acreedor no desea el cumplimiento de la obligación sino su extinción, contrariando el principio general de que los contratos bilaterales pueden resolverse por incumplimiento de una de las partes, cuando no optan por su ejecución. Esta doctrina ha sido asentada ya por la Sala de Casación en fallo de 28 de septiembre de 1938, C. J. Nº 1741 página 241.

Por este aspecto prospera la casación y este es motivo suficiente para afirmar totalmente el fallo, pero hay una cuestión de hecho que es necesario analizar, y es la de saber si el deudor dejó de cumplir lo pactado y si al pleito se trajo la comprobación plena de ese hecho. El recurrente considera que el Tribunal quebrantó nuevamente el artículo 1546, por haberlo aplicado al caso del pleito, puesto que se probó que la señora Margarita Hoyos de Uribe no había cumplido con la obligación de entregar la casa libre de todo gravámen. También conceptúa el recurrente que el Tribunal incidió en error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba de la existencia del gravamen de que se queja el señor Camacho Matiz.

En la cláusula quinta de la promesa de contrato, la presunta vendedora declaró que la propiedad que promete vender, se halla libre de todo gravamen, hipoteca, embargos judiciales, condiciones resolutorias del dominio, pleitos pendientes, etc. etc... "y en el mismo estado jurídico se encontrará al otorgarse la correspondiente escritura de venta".

Al respecto dice el recurrente: "En las inspecciones oculares que he citado, o sean, las practicadas por la policía o por el señor Juez Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, que figuran en el cuaderno de las pruebas de mi mandante y que no desconoce el Trbunal, se acreditó con evidencia que la casa objeto de la promesa estaba atravesada por un albañal que conduce aguas provientes de la casa del General Salazar. Esos desagües son un gravamen porque éste, según el diccionario de la Academia de la Lengua, es carga impuesta sobre un inmueble, sobre un caudal, y carga es cosa que hace peso sobre otra, según el mismo diccionario; y como es contrario a la evidencia sostener que un desague como el que se descubrió no es carga que pesa sobre la finca de la señora Margarita, con derecho o sin él, se incurrió en error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba del gravamen".

Igualmente considera el autor del recurso que el Tribunal erró de derecho en la apreciación de la misma prueba al sostener que el gravamen de que trata la promesa de contrato debe constar en un título, porque así confunde el sentenciador gravamen con servidumbre, a pesar de que los dos conceptos son sustancialmente distintos. Limitar la expresión "libre de todo gravamen" a los gravámenes amparados con título equivale a desconocer la cláusula quinta dicha incurriendo en error de derecho al confundir las servidumbres con los gravámenes.

Tienen de prosperar igualmente estos reparos.

De las inspecciones oculares, aparece, de manera fehaciente, que el predio en donde está construída la casa que la prometiente Hoyos de Uribe se comprometió a vender a Camacho Matiz está atravesada por un albañal que conduce las aguas sucias del predio vecino de propiedad del general Salazar; que ese albañal despide olores nauseabundos que hacen imposible la vivienda en la casa, con graves perjuicios para la salud de los habitantes por los miasmas deletéreos, o gérmenes patógenos que emanan de él. El albañal, es sin duda alguna un gravamen que pesa sobre el predio de la señora Hoyos de Uribe y para los efectos de habitar la casa él es un gravamen ingente, de tal magnitud que hace inhabitable la casa que con ese objeto quiso adquirir el demandante Camacho para su uso personal y el de sus familiares.

La cláusula transcrita habla de gravamen, sin hacer distinción de ninguna clase, y la prometiente se comprometió a entregar el inmueble en el mismo estado jurídico en que se encontraba al otorgarse la promesa de contrato, y está demostrado que al tratar de extenderse la correspondiente escritura de venta, pesaba sobre la casa un gravamen, cual era el albañal de que se ha hablado, y en vista de esta situación de hecho, el día de extenderse la escritura no pudo la señora Hoyos de Uribe entregar el bien libre de todo gravamen, porque se ha demostrado que sobre él pesaba el de un albañal, y entregarlo libre de gravámen fué la obligación contraída por la prometiente.

Carece igualmente de fundamento legal y jurídico la apreciación del sentenciador de que el gravámen, para que se considere tal, ha de tener su respaldo en un título. Ninguna disposición de la ley civil así lo manda. Es verdad que toda servidumbre es un gravamen pero éste no en todo caso es servidumbre. Pero sea de ello lo que fuere, es lo cierto que el predio de la señora Hoyos de Uribe estaba atravesado por un albañal, que es un gravamen que ella se obligó, por la promesa de contrato, a entregarlo libre de todo gravamen, cosa que no pudo hacer el día en que se iba a extender la escritura porque apareció el hecho físico del albañal en el predio de la presunta vendedora.

No puede aceptarse la razón del sentenciador de que como el gravamen que pesa sobre el inmueble de la señora Hoyos de Uribe no consta en título alguno, no es un gravamen legalmente hablando, sino una perturbación de hecho, aun en este supuesto tampoco podría admitirse la decisión del Tribunal, porque sería sobre manera injusto obligar a una de las partes a aceptar la venta de un inmueble al que afectara un gravamen aun cuando no constara por instrumento público, cosa que equivaldría a entregarle el inmueble, no en quieta y pacífica posesión, sino sometido al albur de un litigio para eliminar el gravamen y entrar a gozar del inmueble en la plenitud del dominio.

Estas consideraciones son base suficiente para quebrar el fallo del Tribunal Superior de Bogotá.

Ahora, la Corte como Tribunal de instancia, suma a las razones expuestas en casación, las siguientes para cimentar el fallo de instancia:

Resuelto el contrato de promesa de compraventa la señora Hoyos de Uribe ha de devolver al señor Camacho Matiz los $ 5.000 que recibió como parte del precio, de acuerdo con el artículo 1544 del Código Civil, resolución que extingue, consecuencialmente, las obligaciones contraídas por

aquél en el contrato dicho y que le impone a la demandada la obligación de pagar los perjuicios que le hubiera ocasionado al demandante por el incumplimiento del contrato y que según consta en el expediente se causaron, pero como no hay prueba sobre el monto de los perjuicios sufridos por Camacho no podía fijarse su importe en cantidad líquida; tampoco pueden establecerse bases con arreglo a las cuales ha de hacerse esa liquidación por no haber en el expediente datos al respecto, por consiguiente el importe se fijara al ejecutarse la sentencia, como lo ha solicitado el demandante (artículo 480 del C. J.).

No puede condenarse a la señora Hoyos de Uribe a pagar la suma $ 10.000 como precio doble de las arras porque en la promesa de contrato de venta no se dió ese dinero como arras, se dió como parte del precio anticipado.

Allí se dice:

"2º El precio de la venta prometida será la cantidad de $ 40.000 moneda legal colombiana que el promitente comprador Luis Camacho Matiz pagará así: $ 5.000 moneda colombiana, que la promitente vendedora confiesa recibidos a su entera satisfacción, en dinero efectivo...".

Esta cláusula tan clara no dá asa para considerar que en el contrato se prometió vender con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato. En éste no se dió en prenda cosa alguna, sino que se entregó determinada suma como parte del precio (Artículo 1859 del Código Civil).

No hay en el proceso prueba alguna que sirva de base para declarar resuelto el contrato de compraventa de los enseres a que se refiere el punto quinto de los hechos en que se fundó la demanda. Esos enseres fueron entregados por la vendedora y recibidos a satisfacción por el comprador. Cumplió la vendedora con las obligaciones que la ley le impone por ese carácter y por lo tanto no puede desatarse a favor de Camacho la petición sobre resolución de ese contrato de venta, ni condenar a la demandada a devolver el dinero que recibió como precio de esos muebles ni sus correspondientes intereses.

El señor Camacho Matiz tampoco tiene derecho a retener el inmueble materia de la promesa de contrato, una vez resuelta ésta, porque el derecho de retención sólo se concede cuando el poseedor vencido tuviere que reclamar en razón de expensas y mejoras algún saldo, caso éste en que no se encuentra el demandante Camacho.

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:

1º Infírmase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en quince de julio de mil novecientos cuarenta y uno.

2º Revócase la sentencia proferida por el señor Juez 8º del Circuito de Bogotá de fecha once de febrero de mil novecientos cuarenta y uno.

3º Declárase resuelto el contrato de promesa de venta que se hizo constar en documento privado de fecha primero de abril de mil novecientos treinta y ocho, pasado entre el señor Luis Camacho Matiz y doña Margarita Hoyos de Uribe.

4º / Extinguidas, en consecuencia, para el señor Camacho Matiz las obligaciones que contrajo por el referido contrato de promesa de venta.

5º Condénase a la señora Margarita Hoyos de Uribe a devolver al señor Luis Camacho Matiz la suma de $ 5.000 moneda legal colombiana que recibió como parte del precio de la casa que prometió vender, más los intereses de esta suma al tipo de interés legal desde el día primero de abril de mil novecientos treinta y ocho, fecha del contrato, hasta aquel en que se verifique la entrega de la suma dicha.

6º Condénase a la demandada a pagar la cantidad que por perjuicios se fijare al ejecutarse la sentencia, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de este fallo.

7º Absuélvase a la demandada de los demás cargos formulados en el libelo de demanda.

Sin costas.

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

José Miguel Arango — Isaías Cepeda— Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Velez — Henán Salamanca — Pedro León Rincón. Secretario.

OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA

Hoy no se duda sobre la supresión de los días feriados y de vacantes como inhábiles para el cómputo de noventa días a que alude el artículo 32 del C. de Minas. Si en un tiempo se dudó al respecto y aun se llegó a opinar y aun a decidir contra la supresión, ésta es incuestionable ante el artículo 62 de la ley 4ª de 1913, y en este sentido, a mayor abundamiento, obran varias Resoluciones, aun anteriores a esta ley, como la de 9 de diciembre de 1893, la de 4 de abril de 1904 y la de 1º de mayo de 1912.

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

(Magistrado ponete: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Asnazú Gold Dredging Ltd. compañía domiciliada en Vancouver, Canadá, y legalizada en Colombia, avisó el 27 de Noviembre de 1935 la mina Zapata, ubicada en la región de la quebrada de este nombre en el Municipio de Buenosaires, con la determinación que el aviso indica. Y la denuncia la formalizó el 20 de Marzo de 1936.

El 19 del mismo Marzo avisó el Dr. Manuel M. Mosquera W. la mina de Aganche en la región de Gelima del mismo Municipio, con la determinación correspondiente; y formalizó su denuncia el 12 de Mayo del mismo año. Decretada la posesión, se opuso la prenombrada compañía. Ocurrieron diversas gestiones y vicisitudes cuyo relato sería impertinente, hasta subir la actuación al Ministerio de Industrias y Trabajo y pasar al de Economía Nacional y de ahí por impedimento del Ministro, al de Guerra, en donde se autorizó la posesión con expresa salvedad de las reservas nacionales, en Resolución Nº 186 de 27 de Febrero de 1939.

Vuelto el proceso a la Gobernación del Cauca, se dictó allí la Resolución de 11 de Enero de 1940 en que se proveyó a dicha posesión al Dr. Mosquera con las salvedades referidas y la advertencia del caso sobre citación a los colindantes, comisionando para las diligencias al Alcalde de Buenosaires quien señaló para practicarla el lunes 10 de Junio de ese año.

En demanda fechada el 6 de ese Junio la prenombrada compañía formalizó su oposición, aduciendo como hechos fundamentales los que en lo cardinal quedan expuestos aquí e invocando el derecho preferencial que le dió su citado aviso de 27 de Noviembre y afirmando la vigencia de tal derecho por haber provisto oportunamente a la denuncia complementaria.

Seguido el juicio ordinario del caso en el Juzgado Civil del Circuito de Santander, se falló allí el 14 de Febrero de 1941, así: la compañía demandante tiene mejor derecho a la adjudicación de la mina Zapata por la determinación fijada en su denuncia y con exclusión de la reserva nacional; no hay lugar, en cosecuencia, a dar al demandado Mosquera posesión de la mina de Aganche, y le queda a este el derecho de obtener la adjudiacción de esta mina en todo lo que no perjudique la extensión determinada para la Zapata y con exclusión de la zona de la reserva nacional sobre la margen derecha del río Cauca.

Apelado el fallo por el Dr. Mosquera cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior de Popayán, la que se decidió confirmándolo en el de 9 de Septiembre del mismo año, contra el cual interpuso casación el demandado, recurso que pasa a de-

cidirse por haber recibido su tramitación.

Para mejor comprensión del debate, se citan estas disposiciones del Código de Minas:

El Art. 8º previene a quien quiera adquirir una mina que "lo primero que debe hacer" es dar aviso "al Jefe Municipal del Distrito donde esté ubicada de que la ha descubierto indicando la fracción o calidad y el punto preciso...".

El Art. 6º dice: "Se entiende por primer descubridor de una mina el individuo que primero dé el aviso de que habla el Art. 8º, mientras conserve su derecho según lo dispuesto en el Art. 118º.

Quien dé ese aviso "adquiere, por ese solo hecho, un derecho a dicha mina, preferente al de toda otra persona..." Y el Art. 118 reza: "Este derecho no puede perderlo sino en los únicos casos siguientes: 1º—Cuando no ocurra a denunciarla dentro de los noventa días que señala el Art. 32".

Este Art 32 dice: "El descubridor de una mina que quiera adquirirla, deberá denunciarla dentro de los noventa días siguientes a aquel en que se repute hecho el descubrimiento conforme al Art. 12º" En esto se refiere el artículo 32 a la fecha de la partida que debe extenderse en el libro correspondiente de la citada oficina, es decir, de aquella donde ha de darse el aviso.

Como es lo natural, los litigantes no han contendido sobre el contexto y alcance de estas disposiciones. Su diferencia ha versado sobre el cómputo, así: ambas suman los días trascurridos entre la del aviso y la de denuncia de la compañía (27 de Noviembre de 1935 y 20 de Marzo de 1936) y ambas descuentan los días feriados y de vacancia que hubo entre las dos; pero, al paso que Mosquera con esa sola deducción llega al resultado de que los noventa días vencieron antes del 19 de Marzo, como la compañía deduce, además los sábados habidos entre aquéllas dos fechas, obtiene como resultado que para el 20 de Marzo habían transcurrido sólo setenta y siete días o en otra forma, que aquel término no vencía sino el 28 de este mes. De ahí que, según la compañía, su denuncia fuera oportuna y, según Mosquera, extemporánea.

Se adelanta la observación de que efectivamente, en vista de los almanaques de esos dos años, como dentro del lapso en referencia hubo un sábado en Noviembre, dos en Marzo, cuatro en Diciembre, cuatro en Enero y cinco en Febrero, al añadir al sustraendo este conjunto se llega a la conclusión sostenida por la compañía, y al prescindir de esta agregación, esto es, al no descontar los sábados, se llega a la conclusión sostenida por Mosquera: tal la realidad de los hechos.

Juzgado y Tribunal acogieron la tesis de la compañía. De ahí, como era de rigor lógico, una sentencia favorable, puesto que en el concepto de haberse llenado en tiempo la exigencia del citado Art. 32 por el descubridor o primer avisante, su derecho preferencial, conservado así en pie, la habilitaba para atajar pretensiones ulteriores de tercero.

El descuento de los sábados lo derivan la compañía demandante y los falladores de instancia de la certificación acompañada a la demanda inicial del juicio, expedida por el Jefe de la Sección de Minas y Baldíos de la Secretaría de Hacienda de la Gobernación del Departamento del Cauca, en Popayán el 13 de Octubre de 1936, en la que este funcionario dice: "Que en la Jefatura de la Sección de Hacienda", a su cargo, "se tramitan los negocios correspondientes a Minas y Baldíos, por cuenta de la Gobernación del Departamento; y que en las horas de la tarde de los días sábados no hay despacho en esos negocios".

El Tribunal razona, en suma, así: el Art. 369 del C. J. declara la inhabilidad de los días de vacancia refiriéndose al Art. 181 del mismo y añade los en que "por cualquier circunstancia no se abra el despacho del Juzgado o Tribunal". Agrega que la supresión de aquellos días en los plazos señalados en leyes u actos oficiales está ordenada por el Art. 62 del C. P. y M. Y, con cita de la ley 72 de 1925, recuerda la aplicabilidad de las disposiciones del C. Judi-

cial para las actuaciones administrativas.

Redondea su pensamiento el Tribunal en párrafos de entre los cuales se destaca éste: "Si la oficina en donde por disposición de la Gobernación del Departamento se tramitan los negocios sobre minas, es decir, en donde los interesados tienen la obligación de presentar sus escritos de denuncio de minas, permanece cerrada en las horas de la tarde de los días sábados, dichos días deben descontarse del plazo que tiene todo avisante de una mina para denunciarla, pues los asociados no pueden perjudicarse con hechos que no dependen de su voluntad sino de un tercero. Si la Gobernación del Departamento del Cauca ha resuelto que en sus dependencias no haya despacho en las horas de la tarde de los días sábados, el juzgador no le corresponde investigar si ese mandato es legal o ilegal, si no tener en cuenta únicamente la situación de hecho para considerar esos días como inhabiles y, por lo tanto, suprimirlos, como se suprimen los feriados y de vacantes, del plazo de los noventa días que señala el Art. 32 del Código de Minas".

No se ha dudado ni discutido aquí sobre supresión de los días feriados y vacantes como inhábiles para la computación de los noventa del Art. 32. Si en un tiempo se dudó al respecto y aun se llegó a opinar y aun a decidir contra la supresión, ésta es incuestionable ante el citado Art. 62 de la ley 4ª de 1913, y en este sentido, a mayor abundamiento, obran varias Resoluciones, aun anteriores a esta ley, como la de 9 de Diciembre de 1893, la de 4 de Abril de 1904 y la de 1º de Mayo de 1912.

La disputa se concreta y reduce, como yá se dijo, a si se suprimen o no como inhábiles los sábados.

El recurrente acusa de violación de las disposiciones legales yá citadas aquí, las que analizan una a una para sostener que de las procedimentales se deduce cabalmente lo contrario de lo que el Tribunal concluye, y de las del Código de Minas, por haberlas dejado de aplicar desconociendo que la falta de denuncia oportuna por la compañía le hizo perder el derecho que invoca a favor del cual, y sólo él en vigor, podría oponerse. Los desoye, pues, el Tribunal al reconocer a la compañía ese derecho y decidir como correspondería si no lo hubiese perdido, y procede así porque deja de ver que en la misma certificación en que se funda está el comprobante de que los sábados sí hubo despacho, así fuese únicamente en las horas de la mañana, lo que impide reputarlos legalmente inútiles y descontarlos.

Efectivamente halla la Corte que los días descontables, a más de los feriados o de vacancia, son aquéllos en que por cualquier circunstancia **no se abra el despacho**, según expresión del citado Art. 369 del C. J. Por tanto, sino hay duda alguna aquí sobre que el despacho de la mencionada oficina de la gobernación sí se abre los sábados, falta el elemento determinante de la calidad de inhábiles. En otras palabras: no se halla disposición legal que autorice la supresión de un día en que sí haya habido despacho, porque éste no haya sido en todas las horas habituales u obligatorias.

Bien se comprende que el Tribunal no exige que el despacho se mantenga abierto las 24 horas que forma un día según el Art. 59 del C. P. y M., sino que se refiere a los dos grupos de horas en que en todas las oficinas, en lo general, se dividen las de trabajo ordinario, los que se denominan por costumbre "de la mañana" y "de la tarde"; y bien se comprende que el Tribunal al hablar de los sábados se refiere a las horas del grupo vespertino. El Tribunal desconoce el despacho de las horas del primer grupo y, por faltar las del segundo, da por inhábil el día, no obstante, repítese, que habiendo habido despacho, así sea en las solas horas del primer grupo, no puede negarse que lo hubiera. Y esto basta para impedir el descuento.

Produce cierta extrañeza el que en la falta de despacho en horas de los sábados se funde justificación al hecho de no haberse usado en oportunidad un término tan dilatado que, a más de tres días de Noviembre y mucho más de Marzo, abarcó el

trimestre intermedio. En un término de horas que venciera dentro de las de la tarde de un sábado, el reclamo se justificaría. Más aún: si un término aun de meses o años venciera precisamente en sábado y el interesado se viese atajado en su gestión procedente por encontrar cerrada la oficina ese día en las horas de la tarde, también se hallaría aceptable la queja. En casos tales le cabría sostener que su derecho no caduca y ha quedado oportunamente ejercitado, defendiéndose de ese cierre con el procedimiento que para eventos análogos establece el Art. 181 del C. J., por ejemplo, en su inciso 2º.

Se imaginan y traen a cuento esos extremos en la mira de dar más claridad a la opinión de la Sala sobre imposibilidad de reputar inhábiles los sábados por no haber despacho en la tarde. Pero es de advertirse que aquí nada se ha sugerido siquiera sobre que el término tan discutido venciera un sábado y que por estar cerrada la oficina no pudiera la Compañía formalizar su denuncia. Ella sostiene que para el 20 de Marzo le quedaban todavía varios días, por no vencerse los noventa hasta el 28; y de su lado el Dr. Mosquera, no descontando los sábados, hace un cómputo que, seguido estrictamente, señala como día final un martes.

De todo lo antedicho se desprende que, no reputándose inhábiles los sábados, el término del Ar. 32 había vencido cuando Mosquera dió su aviso el 19 de Marzo y que la Compañía no podía oponerse válidamente, porque aquel vencimiento sin haber formalizado su denuncia había determinado yá la pérdida de su derecho. Esta conclusión se impone ante las disposiciones del Código de Minas aquí transcritas, como obligada consecuencia lógica de no acoger en el cómputo el descuento de los sábados hecho por la Compañía y acogido por el Tribunal, cuya sentencia, por lo mismo, ha de casarse.

La motivación de la que ha de reemplazarla queda adelantada con lo dicho hasta aquí a propósito de la casación. Se la complementa con las siguientes breves indicaciones.

El Art. 66 del C. de M. dice en lo pertinente:

"También puede oponerse al tiempo de darse la posesión la persona que por razón de un descubrimiento anterior pretenda mejor derecho a todas o parte de las pertenencias que van a entregarse; y en este caso el juicio tendrá por objeto que se decida cuál de los denunciantes tiene mejor derecho a que se le adjudique la mina o parte de mina disputada".

Por consiguiente, la sentencia ha de declarar el mejor derecho del Dr. Mosquera a la adjudicación de la mina Aganche, y habrá de ordenar la posesión, cuyo decreto se ataca en la demanda.

Esta posesión, según la Resolución Nº 186 del Ministerio de Guerra, quien conoció por impedimento del Ministro de Economía Nacional, Resolución fechada el 27 de Febrero de 1939, así como las diligencias encaminadas a la titulación, "sólo podrán recaer sobre la parte no comprendida dentro de la zona de la reserva nacional situada sobre la margen derecha del río Cauca en una extensión de un kilómetro a contar de la desembocadura del río Ovejas en el mismo río Cauca, y éste aguas arriba por la citada margen en una longitud de dos mil seiscientos cuarenta metros (2640) hasta el puente Suárez".

Al volver el proceso en la aludida ocasión a la Gobernación del Cauca, se dictó por ésta la providencia de 11 de Enero de 1940 que, advirtiendo esa exclusión y llamando la atención hacia la necesidad de notificar a los colindantes o últimos poseedores, ya personalmente ya, caso de ser desconocidos, como manda dicho Código en sus Arts. 51 y 356 y siguientes y el decreto 761 de 1887, comisionó al Alcalde Municipal de Buenosaires para que procediese a dar al Dr. Mosquera la posesión de que se trata.

Precisamente así habrá de procederse a la práctica de esa diligencia y es sobre esta base como el fallo en su parte resolutiva ha de ordenarlo.

Habiéndose acogido en casación el cargo yá estudiado, no era del caso dentro de él considerar los restantes, de conformi-

dad con el Art. 538 del C. J. De ahí que la Sala no se haya detenido en lo tocante a si está comprobada o no plenamente la identidad total o parcial de las minas denunciadas por demandante y demandado respectivamente con los nombres Zapata y Aganche. Qué tan completa sea y dónde se halle y hasta dónde vaya esa identidad, son hechos efectivamente no acreditados en el proceso; pero los datos que éste arroja al respecto no dejan lugar a duda sobre que la hay, entre otras razones porque inequívocamente la afirman las partes, lo que obligaría a partir de este concepto con base segura, aunque se desechase el croquis que obra en autos como el demandado pretende.

Así las cosas, es de visible prudencia 1º que el Juzgado advirtió dejando a salvo en lo tocante a Mosquera todo aquello a que no se extienda la determinación fijada por la Compañía para la Zapata. Del propio modo, deben entenderse a salvo en favor de la Compañía, tanto en relación con su aviso aquí estudiado como con distintas gestiones ulteriores, todo aquello a que no se extienda lo que haya de entregarse y titularse en favor de Mosquera como mina Aganche en virtud de lo antedicho.

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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el nueve de Septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, y revocando la del Juzgado Civil del Circuito de Santander de catorce de Febrero de ese año, falla así:

1º- El Dr. Manuel María Mosquera Wallis tiene mejor derecho a que se le adjudique la mina de oro de aluvión denominada Aganche, ubicada en el Municipio de Buenosaires, cuyo aviso dio el diez y nueve de Marzo de mil novecientos treinta y seis y cuya denuncia formalizó el doce de Mayo del mismo año así: la base de la mensura es una línea de dos kilómetros que, partiendo de la margen izquierda del río Ovejas, en su confluencia con el río Cauca, siga en dirección de éste hacia el sur aguas arriba; la longitud se medirá en el sentido del curso del río Ovejas aguas arriba". En la posesión y en la titulación se excluirán las reservas nacionales determinadas en la Resolución Nº 186 del Ministerio de Guerra, de 27 de Febrero de 1919, y se llenarán las formalidades exigidas por la Gobernación del Departamento del Cauca en su proveído de 11 de Enero de 1940.

2º- No hay lugar a las declaraciones pedidas en la demanda inicial de este juicio por Asnazú Gold Dredging Company Ltd., a quien quedan en pie los derechos a que legalmente haya lugar, en relación con la mina Zapata en su extensión determinada por su aviso de 27 de Noviembre de 1935 y su denuncia de 20 de Marzo de 1936, en cuanto se dejen a salvo las expresadas reservas nacionales y lo que ha de adjudicarse como mina denominada Aganche al tenor del numeral precedente de este fallo.

No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Entre líneas: "ese día" y enmendado "doce", valen, Testado: "19 de Marzo de 1936", no vale.

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

REIVINDICACION.—NOTIFICACION DE LA DEMANDA

1.—La falta de citación o emplazamiento, en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas a juicio es causal de nulidad en todos los juicios y, por su importancia, porque es esencial esa citación o emplazamiento, refluye esa nulidad en casación cuando no se hace.—2.—El numeral 3º del artículo 448 del C. J. no puede interpretarse de una manera tan irrestricta que confunda una informalidad con la falta de citación, cuando ésta aparece de bulto en los autos. 3.—En la acción reivindicatoria la controversia puede desarrollarse de modos distintos: títulos del reivindicante, contra títulos o posesión del demandado, o títulos del reivindicante, contra mera posesión del demandado. En el primer caso, es pertinente el estudio sobre prevalencia de títulos para averiguar cuáles son mejores, si los del reivindicante o los del demandado, que está doblemente amparado por título inscrito y posesión. En el segundo caso, a la posesión del demandado se enfrenta el título del demandante, el cual debe coincidir con el hecho de la posesión o comprender un período mayor que ésta para que, destruída la presunción de dominio, quede establecido el derecho del demandante reivindicador. En otras palabras: el título debe ser anterior al comienzo de la posesión. En este caso, como es obvio, no existe la cuestión de prevalencia de que se ha hecho mérito, de modo que el problema se reduce a estudiar y estimar el título inscrito, en frente de la posesión, y según lo que acaba de exponerse.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón).

El doctor Mariano Jaramillo obrando como apoderado de la señora Ascensión Hurtado de Ramírez, demandó en juicio reivindicatorio a Marcelina Grisales, Eduardo y Juan C. Ramírez para que fueran condenados a restituírle tres lotes de terreno ubicados en jurisdicción del Municipio de Quimbaya y delimitados como aparece en la demanda. Hizo además las peticiones consecuenciales de la acción reivindicatoria y pidió a los demandados fueran considerados para tales efectos como poseedores de mala fe.

En sentencia de 19 de octubre de 1939 el Juez del Circuito de Armenia falló el pleito absolviendo a los demandados de los cargos de la demanda, declarándo no probada la tacha contra varios de los testigos presentados por la parte actora, con excepción de uno, y sin condenación en costas.

Apelada la sentencia por la parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en fallo de 3 de marzo del año próximo pasado, revocó el del inferior, decretándo las peticiones de la parte actora y considerándo a los demandados como poseedores de mala fe.

Estos interpusieron recurso de casación que pasa hoy a decidirse.

La demandante fundamenta su petición en la escritura 316 otorgada en Cali el 23 de abril de 1937, ante el Notario Tercero de esa ciudad, de la cual aparece que Manuel Salvador Ramírez H. le vendió los tres lotes objeto de reivindicación. Sostiene que antes de la venta había poseído

ésos lotes el expresado Ramírez H. y antes de éste sus antecesores en el dominio de tales lotes. Que al ir a tomar posesión de éstos, encontró que los estaban ocupando los demandados, desde el 23 de abril de 1937, y que por esa causa no ha podido hasta la fecha de su demanda entrar a ejercitar sus derechos de dueña de tales lotes por cuanto los demandados han recurrido a varios medios para evitar que tal cosa se verifique.

Como hecho muy diciente hace resaltar la demandante que Manuel Salvador Ramírez H. prometió en venta a Juan C. Ramírez dos de los lotes cuya reivindicación se impetra, conforme al documento privado de 21 de enero de 1937 y que el mismo Ramírez C. autorizó como testigo la entrega que hizo Eliécer Cuartas de unas mejoras que éste había plantado en dos de los lotes mencionados, en calidad de agregado, subordinado de Manuel S. Ramírez, en la administración de tales lotes.

El Tribunal llegó a la conclusión de que el demandante había demostrado plenamente los elementos que configuran la acción reivindicatoria, para que pueda prosperar. En efecto, previa la identificación de los lotes disputados, que quedó establecida en la inspección ocular practicada en segunda instancia el 12 de marzo de 1940; teniéndo en cuenta la escritura 316 de 23 de abril de 1937, venta de Manuel S. Ramírez a Ascensión Hurtado, la demostración de que los demandados entraron a ocupar los lotes ése mismo día, la posesión anterior de Manuel S. Ramírez y luego de desvirtuar algunas pruebas indiciales del demandado Juan C. Ramírez, decretó la acción impetrada.

Además, el Tribunal expuso las siguientes consideraciones: "A pesar de la notificación personal que del traslado de la demanda se les hizo a los demandados Marcelina Grisales y Eduardo Ramírez, éstos guardaron silencio, y sólamente Juan C. Ramírez dió contestación al libelo oponiéndose a los demandados sin motivación alguna. No existe, pues, defensa alguna por parte de los demandados que se abstuvieron de afrontar activamente la litis.

...La actividad defensiva de Juan C. Ramírez se ha reducido a la pretensión de ocultarse como poseedor de la cosa reivindicada... cifró (éste) la mayor parte de su defensa o de su esfuerzo como despojado de todo carácter de poseedor de las propiedades delimitadas en la demanda y al efecto propuso en un principio la excepción dilatoria del caso, que no prosperó, y más tarde durante la inspección ocular de este Tribunal hizo nuevas manifestaciones y protestas de su ningún carácter de poseedor de los lotes que se reivindican por el presente juicio. Sin embargo, como se dijo antes, en algunas preguntas formuladas personalmente por Juan C. Ramírez a los testigos del demandante y por otros testimonios directos, el demandado pretendió establecer una posesión de mejoras por parte de Eliécer Cuartas. Pero de estos datos, porque probanzas no pueden llamarse, nada se excluye en contra de la posesión establecida por el demandante en cabeza de los demandados".

Respecto a la posesión de éstos el Tribunal dice: "Como se lee en la demanda, el reivindicante por conducto de su apoderado afirma que los demandados entraron en posesión de los terrenos el 23 de abril de 1937. Esta afirmación del demandante está corroborada por el dicho de varios testigos que en cuanto a la posesión coinciden con las aseveraciones del apoderado de Ascensión Hurtado. Estos declarantes son Jesús María Ospina, Eduardo Candamil, Juan de Jesús del mismo apellido, Rafaél Candamil, Manuel Ramírez Ocampo, Jesús M. Gómez, Jesús Betancur y Nacianceno del mismo apellido. Contra esta posesión no aparece prueba alguna que la desvirtúe".

En cinco capítulos desarrolla el recurrente la acusación al fallo.

Pasan a estudiarse por separado, del segundo para adelante, porque el primero se refiere a síntesis y hechos del juicio:

En el capítulo segundo se acusa la sentencia por la causal 6ª del artículo 520 del C. Judicial.

Funda el recurrente esta acusación en que en su concepto, que expresó también

en el Capítulo primero, la notificación y traslado de la demanda solo se hizo al demandado Juan C. Ramírez, puesto que a los otros dos, Marcelina Grisales y Eduardo Ramírez no se les hizo en la forma legal. Desarrolla esta acusación el recurrente en lo dispuesto por los artículos 312, 308, 314, 739 del C. Judicial. Sostiene que la falta de citación o emplazamiento en la forma legal es causal de nulidad e incide en casación y que la nulidad que observa no se saneó conforme al derecho.

La Corte observa: La tesis legal expuesta por el recurrente es exacta: la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio es causal de nulidad en todos los juicios y, por la importancia, porque es esencial esa citación o aplazamiento, cuando no se hace, reflúye esa nulidad en casación. El artículo 312 del C. Judicial preceptúa que debe hacerse al demandado personalmente la notificación del auto en que se le confiere traslado de la demanda y tal notificación se hace en la forma establecida por el artículo 308 ibidem.

De esto se desprende que cuando el demandado se ha enterado por la notificación del auto rèspectivo de la demanda incoada contra él, cuando se le ha entregado el expediente o en su caso cópia de la demanda, y cuando ha devuélto el primero o la segunda, contestando o nó, está debidamente emplazado, notificado o citado, puesto que ya tiene conocimiento de que el Juez ha avocado el conocimiento del asunto y debe estar prevenido para su oposición o defensa. El artículo 448 y lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 520 del C. Judicial tiene por finalidad que en ningun caso ni por ningún motivo pueda violarse el artículo 22 de la Constitución o sea que no se puede pronunciar sentencia respecto de una persona que no tiene conocimiento del juicio o de la acción intentada contra ella.

Si lo anterior es exacto, también lo es que en el caso presente no puede concluírse que los demandados Marcelina y Eduardo no hayan sido notificados ni emplazados en al forma debida y aún más, no puede sostenerse que hayan estado en extremo de ignorancia respecto de la acción que contra ellos ejercitó la demandante Hurtado de Ramírez.

En efecto: Al folio 63 vt. del cuaderno principal se encuentran las siguientes diligencias: "Notificación y traslado: Hoy veinticuatro de agosto de mil novecientos treinta y ocho, siendo las diez de la mañana, notifiqué personalmente a los señores Marcelina Grisales v. de Ramírez, Eduardo y Juan Cristobal Ramírez la demanda de fecha diez y seis de junio próximo pasado propuesta por el doctor Mariano Jaramillo como apoderado de la señora Ascensión Hurtado de Ramírez, contra aquéllos; les notifico asímismo el auto de admisión de la demanda, proferido por el señor Juez Civil del Circuito de Armenia el veintidos del mismo julio y el de este Despacho fechado el quince de los corrientes. Les corro el traslado de la demanda por el término de diez días a cada uno, en la forma siguiente: primeramente a Juan Cristobal Ramírez, del día de mañana al cinco de septiembre próximo; del seis de septiembre al demandado Eduardo Ramírez hasta el diez y seis del mismo mes; y del diez y siete al veintiocho de septiembre a la demandada señora Marcelina Grisales, con la advertencia de que se hace en esta forma y orden tal notificación y traslado, por la razón de haberse enviado sólamente una cópia de la demanda y sus anexos, cópia que se entrega al demandado Juan C. Ramírez, luégo a Cristobal del mismo apellido, y por último a la señora Grisales de Ramírez, por el término de diez días a cada uno. Enterados firman, (firmamos) Juan C. Ramírez, Eduardo Ramírez, Marcelina Grisales v. de Ramírez". Al píe de esta diligencia existe la siguiente constancia: "Devuélto el expediente sin contestación alguna por los demandados Eduardo Ramírez y Marcelina Grisales hoy 1º de octubre de 1938 (firmado) firma ilegíble, probablemente la del Secretario.

De lo anterior se deduce sin lugar a duda lo siguiente: a) que los demandados Marcelina y Eduardo fueron sabedores de la demanda incoada contra ellos por la se-

ñora Hurtado de Ramírez, que firmaron la diligencia respectiva, que recibieron el expediente, que lo tuvieron en su poder desde el 24 de agosto de 1938 hasta el 1º de octubre del mismo año y que lo devolvieron sin contestar la demanda. Luégo el olvido del Secretario al no firmar la diligencia de notificación, que constituye una informalidad, no tiene eficacia para desvirtuar el hecho de que los citados demandados supieron de la demanda entablada contra ellos, y en virtud del traslado que les corrió, recibieron el expediente. Para ellos, por lo tanto, no puede ser extraño ni sorprendente que el juicio haya seguido y que se hayan dictado los fallos de primera y de segunda instancia. El numeral 3º del artículo 448 del C. Judicial no puede interpretarse de una manera tan irrestricta que confunda una informalidad, con la falta de la citación, cuando la citación aparece de bulto en los autos. Pero hay más: El artículo 450 del C. Judicial preceptúa que no puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento, cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiéndo serlo, han representado en el juicio sin reclamar declaración de nulidad. Pues bien, la demandada Marcelina Grisales fué citada a absolver posiciones en este juicio y las absolvió el 24 de mayo de 1939, a solicitud del apoderado de la actora y en ellas se hace referencia a la demanda, al traslado, a los hechos en que se funda aquella. (fojs. 60 del cuaderno Nº 4). Esta demandada ni al ser citada para absolver posiciones, ni en las diligencias de absolución, ni después hizo ninguna reclamación por falta de citación o emplazamiento ni propuso el incidente de nulidad como era el caso. Luégo, suponiendo por mera hipótesis que no se le hubiera notificado la demanda, la nulidad producida por esa causa no podría hoy alegarla.

Respecto del demandado Eduardo Ramírez se observa: El recurrente doctor Arias no es apoderado de aquel, luégo no puede alegar una nulidad, caso de que la hubiera, que sólo compete a aquel. Más, auncuando tuviera personería para esto, resultaría que Eduardo Ramírez está en el mismo caso de Marcelina, por caunto representó en este juicio sin hacer reclamo ninguno de nulidad. Al folio 5 del cuaderno Nº 7, donde consta el acta de la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal de Pereira para identificar los lotes que se reivindican, se lee ésto: "Asisten al acto la demandante señora Asensión Hurtado y su apoderado Luis Carlos Gómez Cortés; los demandados Eduardo y Cristobal Ramírez G. y los peritos principales señores Pedro Pablo Monsalve León y Luciano Ramírez designados por las partes". El expresado Eduardo intervino en la diligencia y se lee en ella lo siguiente: "El apoderado doctor Luis Carlos Gómez Cortés pide que el H. Tribunal deje constancia en los hechos siguientes... 2º si al serle preguntado el señor Juan C. Ramírez quién estaba poseyéndo el lote primero y los demás lotes identificados, él y su hermano Eduardo manifestaron que no sabían... El Tribunal constató los hechos o constancias anteriores formuladas por el doctor Gómez Cortés'.

En vista del estudio y consideraciones que preceden se concluye que el cargo que se estudia no puede prosperar.

En el tercer capítulo el recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, acusa el fallo por infracción del artículo 597 de dicha obra y por falta de apreciación de los arts. 2594, 2673, 2668 a 2670 del C. Civil y 630 del C. Judicial.

En síntesis los argumentos en que sustenta esta acusación son éstos: Que no se puede tener en cuenta la escritura 316 de 23 abril de 1937, en que se ampara el demandante ni las otras que figuran en autos, por cuanto no han venido debidamente a los autos. Al respecto dice así: "En este juicio se anunciaron con la demanda varias escrituras en 26 fojas que no aparecen como debieran, en el cuaderno principal que contiene el libelo ni el Secretario las dió por presentadas en parte alguna para poder tenerse como pruebas... No estando bien claro, como debe serlo, que esos documentos sí se presentaron con la demanda ni que se ordenó expresamente

tenerlo como prueba en el auto que las decretó, estima que el Tribunal a quo (sic) infringió lo dispuesto por el artículo 597 del C. Judicial'. Agrega además que la escritura 316 no está bien registrada.

Observa la Corte: En la demanda se expresa claramente que la actora presentó originales las escrituras. Lo que acaeció fué la petición de la demandante sobre desglose de esos documentos, el cual se verificó, lo que se ve de bulto en los autos. Durante el término probatorio (fojs. 7 del cuaderno Nº 4) el apoderado de la parte demandante pidió que se tuvieran como prueba los documentos que originales acompañó a la demanda y así lo decretó el Juez. Por ese motivo figura original entre otras, la escritura 316 mencionada (fojs. 21 a 23 vtó. del cuaderno Nº 4). La presentación de esa escritura junto con otras, la hizo la parte demandante cuando presentó su libelo, lo que se ve muy claramente, por lo ya dicho. Al pié de la escritura original, como al pié de la cópia que se dejó cuando se verificó el desglose, consta el registro del título. Dice así, tomado de la escritura original: "Oficina de Registro del Circuito de Armenia 24 de abril de 1937. Registrada en el Libro Nº 1º a los folios 176 vto. a 178, pág. 630". Este registro está corroborado con el certificado del Registrador, que corre a los folios 40 a 42 vto. del citado cuaderno.

El recurrente presentó o sostiene que el registro de la escritura ha debido hacerse también en otros libros, pero esta tesis no puede aceptarse por lo que sigue: Manuel Salvador Ramírez H. vendió como cuerpo cierto a Ascensión Hurtado de Ramírez los tres lotes determinados en la escritura 316. Al hacer la relación de la procedencia de tales inmuebles, se refirió a otras compras y a derechos sucesorales, lo cual no significa, que en virtud de esa relación haya debido inscribirse la escritura 316 en otros libros distintos del primero, porque no se trata del registro de las escrituras por las cuales adquirió Ramírez el dominio de los inmuebles que le vendió a Ascensión, sino únicamente de establecer si la escritura 316, venta de cuerpo cierto, de propiedad de Ramírez, está o no bien registrada, y la Corte llega a la afirmativa, por cuanto teniéndo en cuenta lo que expresa el precitado instrumento, el registro de él no podía hacerse sino únicamente en el Libro número Primero.

Los cargos a que se refiere este capítulo no pueden prosperar.

En el capítulo cuarto se acusa la sentencia por violación directa de los artículos 946 y 952 del C. Civil, por no haber aplicado los artículos 752, 485, 488, 1282, 1382 1399, 1740 de dicha obra, en armonía con el 2º de la Ley 50 de 1936 y por indebida aplicación del artículo 635 del C. Judicial.

Toda la argumentación la enfoca el recurrente sobre los títulos presentados por el demandante, es decir, sobre la escritura 316 ya mencionada y las anteriores a ésta, para anotar irregularidades o informalidades en tales títulos y para concluír que el Tribunal erró en su apreciación.

La Corte considera: en la acción reivindicatoria la controversia puede desarrollarse de modos distintos: Títulos del reivindicante, contra títulos o posesión del demandado. Títulos del reivindicante, contra mera posesión del demandado. En el primer caso es pertinente el estudio sobre prevalencia de títulos, para averiguar cuales son mejores, si los del reivindicante o los del demandado, que está doblemente amparado por títulos inscritos y posesión. En el segundo caso, a la posesión del demandado se enfrenta el título del demandante, título que debe coincidir con el hecho de la posesión o comprender un periodo mayor que ésta, para que, destruída la presunción de dominio, quede establecido el derecho del demandante reivindicador. En otras palabras: el título debe ser anterior al comienzo de la posesión. En este caso, como es obvio, no existe la cuestión de prevalencia de que se ha hecho mérito, de modo que el problema se reduce a estudiar y estimar el título inscrito, enfrente a la posesión, y según lo que acaba de exponerse.

Tal sucede en el presente pleito: El demandado no sólo no ha prestado ningún título inscrito, sino que negó hasta el he-

cho de la posesión, hecho que tuvo que demostrar el demandante.

Ahora: El título de la actora es de fecha 23 de abril de 1937 y ésta a demostrado que en esa fecha empezó la posesión de los demandados. Aún más: está plenamente demostrado en autos que Manuel Salvador Ramírez paseyó antes esos lotes y antes de él, sus causantes en el dominio de tales fundos. De modo que el título a que se refiere la escritura 316 citada, desvirtúa por completo la presunción que limita en favor de los demandados, y es suficiente para que triunfe la acción reivindicatoria. Pero hay más, la demandante no se contentó con presentar únicamente ese título sino que adujo los anteriores en un espacio considerable de tiempo. De ello se deduce rectamente que los lotes materia de la reivindicación, han llegado al dominio de la demandante, por haber salido legalmente del patrimonio de los primeros dueños y poseedores de tales lotes. Es cierto que los títulos anteriores al 316, pueden adolecer de algunas irregularidades o informalidades, pero como al actor le basta únicamente la escritura 316, según lo ya dicho, y en este título no adolece de ninguna informalidad, se concluye que aun prescindiendo de los títulos anteriores, la acción incoada tendría que prosperar, Los demás títulos van encaminados a reforzar la convicción del Juzgado pero de ellos podría prescindirse, por lo dicho. De manera que aún admitiendo la argumentación del recurrente sobre ese extremo, no se casaría la sentencia, porque quedaría en pié la escritura 316.

Pero hay más: No hubo violación de los artículos 946 y 952 del C. Civil por cuanto a la posesión, realmente inexplicable, de los demandados, se contrapuso el título constituído por la citada escritura 316 y no se ve cuál pueda ser el error de derecho o el error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciarlo como lo apreció.

Los demás títulos que forman la cadena no son necesarios en este caso por lo que ya se explicó. Los lotes fueron identificados, se demostró la posesión de los demandados desde abril de 1937 que coincide con la escritura, se demostró que los antecesores de la demandante poseyeron los lotes, varios años antes, extremos éstos que la parte demandada no ha desvirtuado y en realidad no contradice, luégo no hubo violación de las demás normas citadas en el capítulo que se estudia y por lo tanto tampoco pueden prosperar los cargos en él contenidos.

En el quinto capítulo se acusa el fallo por la causal primera del artículo 520 del C. Judicial y señala como violados los artículos 952 del C. Civil por indebida aplicación, 1625 y pertinentes de la Ley 200 de 1936, 768 y 769 del C. Civil por no aplicación y 964 y 966 del mismo por aplicación indebida.

El recurrente dice así: "Al estudiar con sincera conciencia la prueba testifical y otras del expediente se ve claramente que los demandados no pretenden dominio territorial sobre los lotes cuya reivindicación se pide ni poseen **animo domine** tales inmuebles sino unas mejoras que allí plantó un agricultor y que uno de los demandados aumentó con ayuda de sus hijos".

La Corte observa: Fué incoada en este juicio la reivindicatoria, sobre esa base contestó la demanda Juan C. Ramírez y así quedó trabada la **litis contestatio.**

La manifestación que a última hora hace el apoderado de éste ni desvirtúa la acción ni tampoco la sentencia acusada sino que la reafirma, por cuanto si los demandados no pretenden dominio territorial pero sinembargo están poseyendo los lotes, no se ve la razón de esta posesión enfrente del derecho de la parte actora plenamente demostrado. Obsérvese que los demandados no han invocado el derecho de retención sino que, según se ve de autos, se han opuesto a entregar a la demandante los lotes sobre que versa la reivindicación.

Parece que los demandados pretenden ser dueños de unas mejoras que en parte de los lotes puso Eleazar Cuartas y que en eso se amparan. El Tribunal tuvo en cuenta esa circunstancia y no llegó, a una conclusión favorable para los demandados,

por las razones que expresó en su sentencia y que no han sido desvirtuadas.

La Corte por su parte observa, además: Está comprobado en los autos que Eleazar Cuartas como agregado de Manuel S. Ramírez, plantó unas mejoras en dos de los lotes cuya reivindicación se impetra; que esas mejoras se las compró Ramírez a Cuartas (fojs. 75 del cuaderno Nº 4) y que hubo una promesa de venta entre Manuel Salvador Ramírez y Juan C. Ramírez, respecto de ellas, promesa que no parece se hubiera hecho efectiva. (fojs. 1 del cuaderno Nº 1).

Luégo si el demandado Ramírez se apoya en el hecho de la existencia de esas mejoras para ocupar los lotes, la prueba al respecto le es desfavorable; y si se refiere a otras mejoras, no está demostrado, como lo observa el Tribunal, que estén plantadas dentro de los lotes materia de la reivindicación.

Desde luego que el mismo apoderado de los recurrentes dice que la parte que representa no pretende dominio territorial, no posee **animus domini** los lotes mencionados, es obvio que al decretarse la reivindicación no pudo el Tribunal violar las normas sustantivas que cita el recurrente, sino todo lo contrario, las aplicó; y desde luego también que no se ha demostrado que los demandados sean dueños de ningunas mejoras en los lotes, los artículos 16 y 25 de la Ley 200 de 1936, caso de que tuvieran incidencia en este juicio, no pudieron ser violados.

Observa la Corte lo siguiente además: Hubiera podido limitar su estudio al capítulo anterior y rechazados los cargos en él contenidos, considerar inoficioso el estudio para los demandados, ni se ve la necesidad de los demás cargos, porque si el recurrente sostiene que sus clientes no poseen **animo domini**, los lotes, y si está establecido que los ocupan, y si además la parte actora demostró su derecho, no hay defensa posible dentro de la acción reivindicatoria para los demandados ni se ve la necesidad de estudiar la restante titulación presentada por la parte demandada, ni menos podría concluírse que el Tribunal al decretar las peticiones de la demanda hubiera quebrantado la ley.

En el último capítulo se acusa el fallo por violación de los artículos 1.325, 1.155 1 297, en relación de los artículos 578 y 579 inciso 2º del C. Civil.

Esta acusación va encaminada a que se reconozcan las excepciones perentorias propuestas por el demandado que se basan en el hecho de que no habiéndose dividido o liquidado la herencia de Rafaél Candamil, quienes se llaman herederos de éste o subrogatorios no pueden pedir para sí, sino para una sucesión.

La Corte observa: Los predios que se reivindican tuvieron un primitivo dueño que fué el señor Candamil cuya sucesión no se sabe si se liquidó o nó. La reivindicante se apoya en la escritura 316 que le transfiere un cuerpo cierto, y la cual le basta para su intento, según se explicó ya.

Luégo si de los títulos anteriores al de ella pudiere colegirse que hay alguna sucesión ilíquida, ese extremo en nada favorecería a los demandados porque la presunción que los favorece queda destruída con la escritura 316, la cual da personería a la demandante para establecer esta acción.

La Corte en este debate no podría por lo tanto pronunciarse sobre la existencia o no de irregularidades, informalidades de títulos que no han sido controvertidos por quienes tienen personería para ello, como serían los herederos del señor Candamil, y que no han sido materia del pleito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Las costas a cargo del recurrente.

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

José Miguel Arango. — Liborio Escallón. — Isaías Cepeda. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez. — Hernán Salamanca.—

Pedro León Ricón, Srio. en Ppdd.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA QUE DECLARO INFUNDADAS LAS OBJECIONES A UNA PARTICION

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

En la sucesión testada de Jerónimo Suárez, una de las herederas, María Teresa Suárez de Cajal, objetó el trabajo de partición. Tramitado el incidente, el Juez a quo, Quinto del Circuito de Bogotá declaró infundadas las objeciones en sentencia de 14 de abril de 1941. Apelada ésta, el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó en fallo de 14 de julio de ese año.

El apoderado del objetante interpuso recurso de casación, que hoy pasa a decidirse.

Como antecedentes de la resolución que habrá de proferir la Corte, se destacan éstos: El expresado señor Suárez consignó su memoria testamentaria en la escritura 1597 de 5 de noviembre de 1938 corrida ante el Notario Quinto de Bogotá. Declaró que los bienes que dejaba habían sido adquiridos durante la sociedad conyugal habida con su esposa Sacramento Castellano de Suárez; manifestó su voluntad de que su dicha esposa " disfrutara de los usufrutos de las dos casas durante su vida"; instituyó como herederos a sus cuatro hijos, Bibiana Abigaíl, Arturo, María Teresa e Isabel. Legó a sus hijos Arturo y Bibiana un crédito y unas joyas y designó a ésta como albacea y partidora.

En los inventarios se relacionaron las dos casas como una sola y como una sola se avaluaron, pues antes formaba una sola finca, y así lo aceptaron los interesados. El partidor ciñéndose a las disposiciones testamentarias y a los avalúos, liquidó la sociedad conyugal, luégo la herencia y distribuyó ésta por iguales partes entre los herederos, adjudicándose a Arturo y a Bibiana el crédito y las joyas.

El recurrente en casación dice ésto: "Al hacer la hijuela de la señora Sacramento Castellanos de Suárez, el señor partidor adjudica bienes que equivalen exactamente a lo que le corresponde... Al hacer las adjudicaciones a los legitimarios el partidor dejó las cuotas numéricas que correspondían a cada uno de los legitimarios pero con el gravámen sobre el usufructo sobre la parte de la casa que se les adjudicaba, con lo cual establece un gravámen que disminuye el valor de la cosa adjudicada, afectándo por lo tanto el valor de lo que le corresponde y violándo la legítima correspondiente a cada hijo".

Sobre esta base acusa la sentencia por violación del artículo 1380 del C. Civil y la totalidad de las disposiciones del Capítulo 3º del Título 5º del Libro 3º del C. Civil al disminuír las legítimas que les corresponden a los hijos.

La Corte observa para rechazar el cargo: Aunque del testamento bien pudiera deducirse que el usufructo de las casas lo dejó el testador a su anciana esposa, el partidor no hizo tal adjudicación ni en los inventarios se avaluó, como ha debido hacerse, separadamente el usufructo y la nuda propiedad, sino que se avaluó la casa en sus elementos integrales del dominio y no se formó a la señora Sacramento de Suárez cartilla de hijuela del usufructo, de donde resulta que la tradición de ésta no existe ni puede hacerse, artículo 756 del C. Civil.

Por otra parte a los hijos se les adjudicó, por iguales partes, la expresada casa

sin hacer niguna salvedad, en la adjudicación, respecto del usufructo.

Quien hubiera podido reclamar contra el trabajo de la partición hubiera sido la señora Castellanos de Suárez, que no lo hizo, que se conformó con lo dispuesto por el partidor; pero no la objetante, porque la objeción de ésta se basa en el falso supuesto de que a su madre se le adjudicó el usufructo de la casa y por eso se monoscaba su legítima. No existe, por lo dicho, adjudicación legal de ese usufructo, y entonces no se vé cual sea el interés jurídico de la objetante al respecto.

Vale además la pena observar, que aun cuando se le hubiera adjudicado el usufructo al conyuge superstite, la objeción tampoco hubiera podido prosperar, porque rigiéndo el testamento el partidor debía atenerse a las disposiciones en él contenidas, mientras no sea reformado.

La acusación del fallo por violación del artículo 1381 también se rechaza por lo siguiente: La señorita Bibiana Abigaíl fué nombrada como partidora, pero el artículo 1º de la Ley 62 de 1928 establece que no podrán ser admitidos como partidores sino los abogados recibidos y no está comprobado que dicha señorita esté en ese caso; también la autorizó para nombrar partidor. Pero seguramente la señorita sabía que estaba impedida en el primer caso y no quiso ejercitar el derecho de designación en el otro. Por eso a pesar de la prevensión que le hizo el Juzgado, no tomó ninguna providencia sobre el particular y el Juez entonces nombró un partidor, nombramiento de que todos los interesados tuvieron conocimiento y quedó en firme.

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 aparecer que se han causado.

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

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

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—CERTIFICADOS DE REGISTRO

1.—En el certificado de un Registrador no quedan ni pueden quedar registradas todas las modalidades y circunstancias de una negociación, en la forma que las partes las expresan en la escritura pública que otorgan ante el Notario. Por eso un certificado no es la prueba directa del dominio y si en algunas ocasiones puede servir para tal efecto, es con el carácter de suplementaria, previa la demostración de la imposibilidad de presentar la escritura pública a que el certificado se refiere. (Artículo 2674 C. C.)—2.—No es causal de casación el hecho de que en una sentencia no se citen las disposiciones legales en que se apoya, aunque es conveniente y hasta necesario hacerlo. Una sentencia puede tener una motivación que sin citar explícitamente un texto legal, contenga la cita de un modo implícito.

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

El doctor Gabriel Rojas Arbeláez, como apoderado de Laura Mejía v. de Villegas, demandó al señor Luis Arango para que se declarara que éste debe a aquélla la cantidad de doce mil seiscientos pesos ($ 12.600) moneda corriente, valor de los frutos civiles durante tres años, percibidos por Arango y producidos por el inmueble alinderado en la demanda, situado en la ciudad de Armenia y de la cual es dueña en la mitad la expresada señora.

Subsidiariamente pidió esto: Que la cuantía de los frutos a cuyo pago debe ser condenado Arango, sea la que resulte probada durante el juicio.

Hechos fundamentales de la demanda son estos: Laura Mejía v. de Villegas es dueña de la mitad de una casa de habitación situada en Armenia, que adquirió por escritura 819 de 7 de octubre de 1918 corrida ante el Notario de Armenia y registrada el 7 del mencionado mes de octubre. El demandado Arango sin título para ello, ha venido gozando de los frutos civiles producidos por el inmueble, a partir del 23 de enero de 1936 en lo que a la mitad se relaciona. La demandante estima esos frutos a razón de $ 350 aproximadamente por mes.

El 9 de julio de 1939, el Juez del Circuito de Armenia absolvió al demandado de los cargos de la demanda, por carencia total de pruebas. La parte actora apeló y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en sentencia de 7 de mayo de 1941, confirmó la del inferior. La razón fundamental de ese fallo, es la deficiencia de las pruebas.

El apoderado de la señora Mejía de Villegas interpuso recurso de casación el que pasa hoy a decidirse.

Los antecedentes de este juicio son estos: Según consta de la escritura 819 de 7 de octubre de 1918 corrida ante el Notario de Armenia, Ana Rosa Mejía vendió a Laura Rosa Mejía y María Mejía dos casas situadas en la población de Armenia y un solar contiguo a las dos casas. La cláusula es del siguiente tenor: "que hace la venta con sus anexidades en la suma de tres mil pesos oro ($ 3.000) legal que las compradoras pagarán en la siguiente

forma: Dos mil pesos ($ 2.000) oro legal que la vendedora declara tener recibidos en dinero contado de manos de las señoritas Mejías y el resto o sea mil pesos oro ($ 1.000) con el derecho de usufructo del inmueble que compran y que dejan en poder de la vendedora señora Rosa Mejía por el término de su vida; usufructo que han estimado en los mil pesos de que se habló, y que por lo tanto del inmueble comprado no podrán disponer las compradoras sin cancelar este gravámen. Que una vez muerta la vendedora entrarán las compradoras en posesión material del inmueble comprado. Que con la muerte de la vendedora, cesará ipso facto el anterior gravámen y que quedará consolidada la propiedad".

Las señoritas Mejías adquirieron por iguales partes y luégo murió una de ellas, María, y el juicio de sucesión de ésta se adjudicó a su madre Ana Rosa Mejía v. de Mejía, como única heredera la mitad del inmueble a que se refiere la demanda, y que había comprado por la escritura 819, por lo cual vinieron a quedar como dueñas de tal casa, por iguales partes, la señora Rosa Mejía v. de Mejía y su hija Laura, que es la demandante.

La sentencia del Tribunal se funda en que si es cierto que está comprobada la compra a que se refiere la escritura 819 ya mencionada, también lo es que no está demostrado que el usufructo que pesa sobre la casa esté cancelado por cuanto aunque la actora afirma que sí lo está por la escritura Nº 82 de 11 de febrero de 1933, tal escritura no se presentó y la referencia que hace a ella el Registrador de Instrumentos Públicos de Armenia, no es prueba de cancelación de tal usufructo.

El recurrente, fundado en el artículo 520 del C. Judicial acusa el fallo, en su primer cargo, por violación del art. 632 del C. Judicial por no haberlo aplicado al caso del pleito. Para el recurrente el certificado del Registrador es plena prueba de la cancelación del usufructo.

La Corte considera: Como ya lo dijo, no aparece en los autos copia de la escritura 82 mencionada. El Registrador de Armenia, en el ámplio certificado que expidió y del cual aparecen las inmumerables operaciones de que ha sido objeto la casa a que se refiere la demanda dice así: "VI. Por escritura Nº 819 otorgada ante el Notario de este Circuito el 7 de octubre de 1918, registrada el 17 de octubre del mismo año en el Libro de Registro Nº 1º a los folios 104 y 105 Nº 290 la señora Ana Rosa Mejía v. de Mejía vendió a Laura Rosa y María Mejía los inmuebles alinderados en el punto anterior. Se hizo esta venta en tres mil pesos, de los cuales la vendedora recibió dos mil pesos y dejó en poder de las compradoras mil pesos como valor del derecho de usufructo de los inmuebles vendidos, usufructo que por esta suma se reservó hasta su muerte, con prohibición de vender esos inmuebles hasta cancelar ese usufructo, el cual sólo cesará, dice la inscripción, con la muerte de la vendedora, pues solo hasta entonces podrán las compradoras entrar en posesión material de los inmuebles comprados.Este derecho de usufructo cesó, pues por escritura Nº 82 otorgada ante el Notario 2º de éste Circuito el 11 de febrero de 1933, registrada el 18 de febrero del mismo año, en el Libro de Registro Nº 1º fojs. 74 pda. 97, la señora Ana Rosa Mejía declara extinguido ese derecho de usufructo mediante renuncia que de él hace, por haberse cumplido la obligación que motivó ese derecho, pero haciendo la advertencia, eso sí, que por escritura Nº 46 de 23 de enero del año en curso (1933) otorgada en la Notaría 2ª de éste Circuito, el señor Luis Arango C. adquirió derechos sobre el usufructo expresado, los cuales pone a salvo la exponente" (fojs. 10 del cuaderno Nº 2).

Los certificados de los Registradores de Instrumentos públicos, demuestran las sucesivas tradiciones de un inmueble, los gravámenes que sobre él pesan y su situación jurídica, como embargos, demandas, etc., pero por sí mismos no demuestran la existencia de los actos jurídicos a que ellos se refieren y teniendo en cuenta el modo como se hacen las inscripciones en el Registro, de éstas no quedan ni pueden

quedar registradas todas las modalidades y circunstancias de una negociación, en la forma en que las partes las expresan en la escritura pública que otorgan ante el Notario. Por eso un certificado no es la prueba directa del dominio y si en alguas ocasiones puede servir para tal efecto, es con el carácter de suplementaria, previa demostración de la imposibilidad de presentar la escritura pública a que el certificado se refiere. (artículo 2674 del C. Civil). Luégo el Tribunal no puede violar el artículo 632 del C. Judicial al concluír que no habiéndose presentado la escritura 82 no podía concluír que el usufructo hubiera terminado, por cuanto la sóla referencia del Registrador al respecto no es la prueba para esto. Y vale la pena observar que no se trata de una cancelación sino de un acto de otra naturaleza y de ahí la referencia que según el certificado hace la señora Ana Rosa al usufructo que le vendió al señor Arango C.. No se conocen por lo tanto los términos en que está concebida, en todas sus modalidades y circunstacias la escritura 82.

Pero el Tribunal apoyó su sentencia en éste otro extremo:

Aún dándole valor pleno al certificado, no triunfaría la pretensión de la demandante porque tomando en conjunto tal documento, aparece que la señora Mejía le vendió el derecho de usufructo al señor Luis Arango, de donde se concluye que éste posee éste derecho como sucesor a título singular de Ana Rosa Mejía, cuyo fallecimiento ni siquiera se le ha mencionado.

Si pues por una parte el Tribunal no violó el artículo 632 citado, por la otra no se ha demostrado que el usufructo haya terminado, sino que, dándole valor al certificado, ese usufructo lo vendió Ana Rosa al demandado Arango.

Además, la sóla acusación basada en el artículo 632, no es operante, por cuanto hubiera sido necesario demostrar que al violarse esa norma, se violaba otra de carácter sustantivo, violación que no se ha mencionado.

Se rechaza, pues, el cargo.

El segundo cargo lo funda el recurrente en el mismo artículo 632, en el concepto de que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto en la apreciación del certificado del Registrador de Armenia.

Observa la Corte: El Tribunal estimó que con ese certificado no se suplía la falta de presentación de la escritura 82, conclusión que es jurídica por lo ya dicho. Más bien como por hipótesis, observó el fallador de Pereira que caso de que pudiera aceptarse el certificado como prueba, había que tomarlo en su integridad, y al hacerlo así, resultaba que Ana Rosa Mejía le había transferido su derecho de usufructo al demandado Luis E. Arango.

El recurrente dice que el error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal fue el de no haber tenido en cuenta que según el certificado el derecho de usufructo lo transfirió la usufructuaria al demandado Arango por tres años. Dice así el certificado, en el numeral 10º: (fojs. 11) "Por escritura Nº 46 otorgada ante el Notario 2º de este Circuito el 23 de enero de 1933, registrada el 27 de enero del mismo año... la señora Ana Rosa Mejía vendió a Luis Arango C. por dos mil pesos recibidos, los derechos de usufructo o de uso de una casa y solar de propiedad de la vendedora, ubicado en el área de esta población... el derecho de usufructo fué vendido por el término de tres años a partir de la fecha de la escritura".

Ahora bien: En la hipótesis que consideró el Tribunal, asentó éste que en caso de que pudiera dársele valor probatorio al certificado resultaría que el dueño del usufructo es el señor Arango, lo cual es exacto. No se refirió a los tres años pero sí a la esritura Nº 46. Pero la omisión del Tribunal no produce un error que sea eficáz para casar el fallo, por el concepto que se acusa, puesto que si el usufructo lo vendió la señora Ana Rosa por tres años solamente, al terminar éste plazo y habiéndose reservado la usufructuaria su derecho por toda la vida, volvía éste a radicarse en su cabeza y entonces la personería de la actora para su demanda resul-

taría sin ninguna base. El cargo sería por lo menos en ese caso, inoperante.

Se rechaza por lo tanto.

En el tercer cargo el recurrente acusa el fallo por error de hecho y de derecho, que hace consistir en lo siguiente: En la mala apreciación de la escritura 819 citada y en la apreciación errónea respecto de los puntos contenidos en los numerales 6º y 20 del certificado del Registrador de Armenia y también error manifiesto por no haber estimado el sentenciador la confesión que hace el demandado, cuando afirma que en el inmueble, el relacionado en la demanda, tiene la "plena posesión".

Estima el recurrente violados por esos errores los artículos 669, 794, 1857 inciso 2º del C. Civil, 630, 604 y 632 del C. Judicial.

La Corte considera: El Tribunal no erró en la apreciación de la escritura 819, por cuanto sostiene, lo que es evidente, que en ella consta la venta que hace Rosa Mejía de Mejía a Laura María Mejía, reservándose la vendedora el usufructo durante su vida. De esa escritura aparece que la demandante es dueña de la mitad del inmueble, pero con la limitación del usufructo, y así lo entendió el Tribunal y eso es incontrovertible. Para demostrar la terminación o cesación del usufructo hubiera sido preciso establecer o que la usufructuaria felleció o que renunció al usufructo, extremos éstos que no estan comprobados. Luégo al llegar a esta conclusión el Tribunal no violó los artículos citados en el cargo que se estudia.

No apreció erróneamente el Tribunal el punto 6º del certificado, porque como ya se vio, de ese mismo documento aparece que Ana Mejía de Mejía transfirió el usufructo a Luis Arango C. No se le negó por la sentencia a la demandante su carácter de poseedora inscrita, sino que lo que sostiene el fallo al respecto es que no se ha comprobado, y esto es exacto, que el usufructo que pesa sobre la casa haya terminado por algún modo legal. Tampoco encuentra la Corte error manifiesto en el fallador de Pereira, al considerar o estimar la confesión del demandado que dice que tiene la posesión de la casa. Si esto no es exacto y si la intención de la demandante es la de demostrar que tiene derecho a la mitad de los frutos de la casa por haber cesado el usufructo que pesaba sobre ella, esa demostración no la dio. Se observa la deficiencia de las pruebas al respecto, por decir lo menos.

El artículo 669 del C. Civil no pudo ser violado por el fallo, porque el Tribunal no dejó de aplicar esa norma, sino que considerando que la demandante no ha establecido que cesó el usufructo sobre la cosa, no accedió a sus pretensiones. Tampoco el 764 del mismo Código, cuya pertinencia no encuentra la Corte, ni el 1857 de dicha obra, inciso 2º, por la misma razón. Ni el 630 del C. Judicial, porque el Tribunal le dió la estimación legal del caso a la escritura 819; ni el 604 de dicho Código, por cuanto la aseveración del demandado ha debido ser desvirtuada por la demandante y no lo hizo. El señor Arango manifestó que tiene la posesión de la casa y alegó las razones para ello; ante la posición asumida por el demandado tocaba a la demandante variarla o modificarla y tampoco lo hizo. Finalmente, explicó arriba por qué no hubo violación del artículo 632 ibidem.

Se rechazan pues los cargos.

En el cuarto cargo se acusa el fallo por interpretación errónea de la demanda y se señalan como violados por ese concepto los artículos 669 y 964 del C. Civil.

No existe error apuntado por el recurrente por cuanto la demandante pidió el pago de unos frutos, producidos o que ha debido producir la casa de Armenia. El Tribunal teniéndo en cuenta esa petición, la negó, por cuanto consideró que pesándo sobre la casa un usufructo que no pertenece a la actora, usufructo cuya extinsión no se demostró, su pretensión no podía prosperar. No violó el Tribunal el artículo 669 últimamente citado, por cuanto del proceso aparece que la demandante es sólo mera o nuda propietaria, y tampoco violó el 964, impertinente en este recurso. El demandante no aparece como un poseedor de mala fe y de las mismas prue-

las presentadas por la actora se concluye que tiene un título. Además, el artículo 964, como acaba de decirse, es impertinente porque no se trata en este juicio de la acción reivindicatoria.

Se rechaza pues el cargo.

Por último, en el quinto cargo el recurrente acusa la sentencia por violación del artículo 471 del C. Judicial por cuanto en el fallo acusado no se cita ninguna disposición legal que lo funde.

Observa la corte: No es causal de casación el hecho de que en una sentencia no se citen las disposiciones legales en que se apoya aunque es conveniente y hasta necesario hacerlo. Una sentencia puede tener una motivación que sin citar explícitamente un texto legal, contenga la cita de un modo implícito, y esto lo hizo el Tribunal de Pereira. Por esta circunstancia, que claramente la apreció el recurrente, pudo éste señalar los artículos que consideró violados por el fallo. El Tribunal le dió el valor de plena prueba a la escritura 819, con la cual atacó lo dispuesto por el artículo 630 del C. Judicial, estimó que el solo certificado del Registrador de Armenia no era prueba que reemplazase legalmente en autos la escritura 82, con la cual interpretó rectamente el artículo 632 de dicha obra en armonía con el 2675 del C. Civil, y estimó, teniéndo en consideración las deficientes pruebas presentadas, que la actora no había demostrado su pretensión fundamental.

Lo anterior es suficiente para rechazar el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Las costas son de cargo del recurrente.

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

José Miguel Arango. — Isaías Cepeda. — Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez. — Hernán Salamanca.

Pedro León Rincón, Srio. en Ppdd.

LEGITIMACION

Según la jurisprudencia de la Corte, constante y uniforme en este punto, hasta el año de 1913 no era necesario que los contrayentes firmaran el acta del matrimonio eclesiástico en que dejaban constancia de que legitimaban hijos. Bastaba que el acta llevara la firma del párroco ante quien se celebraba el matrimonio. Esta misma doctrina sostuvo la Corte posteriormente para aceptar las legitimaciones verificadas antes de 1913. A partir de este año es indispensable que los contrayentes que legitiman hijos en el acto del matrimonio eclesiástico firmen el acta correspondiente, por virtud de lo estatuído en la Ordenanza expedida por la Conferencia Episcopal de 1913, que fue luégo ratificada por el Decreto de 28 de octubre de 1927, dictado por la Conferencia Episcopal de dicho año.

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

El 15 de Diciembre de 1938 Pedro Díaz, por medio de apoderado y obrando en su nombre "y en representación de la sucesión de la señora María Ninfa Suárez y de la sociedad conyugal habida entre ésta y José María Díaz", presentó demanda ordinaria ante el Juez 1º Civil del Circuito del Guamo contra los señores Secundina Suárez de Díaz, Dolores o María Dolores Díaz y Antonio Díaz, y pidió que se hicieran las diez declaraciones que detalló en su libelo, las cuales pueden sintetizarse así:

Que pertenecen a las sucesiones de José María Díaz y María Ninfa Suárez los bienes que fueron inventariados en el juicio de sucesión de aquél; que pertenece a la sucesión de María Ninfa Suárez la mitad de los bienes a que se refiere el punto anterior, por haber sido adquiridos durante la sociedad conyugal contraída por José María Díaz y María Ninfa Suárez, y no haberse liquidado aún esa sociedad ni habérsele entregado la mitad de gananciales a la sucesión de dicha señora, representada por sus herederos; que pertenecen a la indicada sociedad conyugal los bienes que se relacionan en los inventarios de la sucesión de María Ninfa Suárez; que la mencionada sucesión de María Ninfa Suárez, representada por sus herederos y éstos personalmente, son dueños de la mitad de los bienes a que alude la petición anterior; que José María Díaz carecía de derecho para disponer, en venta o por testamento, de los gananciales pertenecientes a María Ninfa Suárez; que la distribución de bienes, la designación de herederos y demás declaraciones hechas por José María Díaz en su testamento otorgado por escritura número 819, de 27 de Noviembre de 1920, de la Notaría del Guamo, no perjudican la mitad de gananciales de María Ninfa Suárez, y que se declare nulo dicho testamento, en cuanto por él, o fundados en él, se desconocieron los legítimos derechos, o sean los gananciales pertenecientes a María Ninfa Suárez, como aparece de la partición extrajudicial verificada por los señores Secundina Suárez de Díaz, Dolores o María Dolores Díaz y Antonio Díaz; que se declare nulo y se decrete la forma de testamento de José María Díaz, en cuanto viola legítimos derechos de los hijos del primer matrimonio, o sea el contraído por aquél con María Ninfa Suárez, y se declare que el desconocimiento que de tales hijos hizo Díaz en su testamento no

los ha privado de su carácter de herederos, en sus respectivas cuotas o legítimas; que como consecuencia de las peticiones anteriores se declare nula la partición extrajudicial verificada por el Dr. Elías Sabogal, como apoderado de Secundina Suárez de Díaz, y por Dolores o María Dolores Díaz y Antonio Díaz, con fecha 15 de Julio de 1938, en los juicios de sucesión acumulados por José María Díaz y María Ninfa Suárez de Díaz, juicios protocolizados por escritura número 330, del 21 de Noviembre de 1938, de la Notaría del Guamo; que consecuencialmente se ordene rehacer la citada partición en los términos que indique la sentencia y declarando el derecho de la sucesión de María Ninfa Suárez a su mitad de gananciales y el derecho de los hijos del primer matrimonio a llevar sus legítimas en la sucesión de José María Díaz; y que se condene en costas a los demandados.

Admitida la demanda y corridos los traslados correspondientes, los demandados la contestaron oponiéndose a las declaraciones impetradas, negando casi todos los 26 hechos en que se funda y proponiendo las excepciones de prescripción de las acciones de petición de herencia y de reforma del testamento.

Surtida luégo la tramitación de primera instancia, el Juez del conocimiento desató el litigio por sentencia del diez y nueve de abril de mil novecientos cuarenta, en la cual declaró probadas las excepciones propuestas por los demandados y absolvió a éstos en los cargos de la demanda, sin hacer condenación en costas.

Estimó el Juez que el actor había iniciado tres acciones: la de petición de herencia, en relación con los bienes de la sucesión de María Ninfa Suárez; la de nulidad y reforma del testamento de José María Díaz, y como consecuencial de las dos anteriores, la de nulidad de la partición de bienes inventariados como de la sucesión de José María Díaz, y consideró que la primera estaba prescrita, porque María Ninfa Suárez murió antes de 1903 y habían corrido, por tanto, más de treinta años desde el día de su muerte hasta cuando se inició la demanda; que no había motivo alguno para declarar nulo el testamento de José María Díaz y que la acción de reforma del mismo había prescrito también. Por último, que como la acción de nulidad de la partición se inició como consecuencia de las anteriores, no prosperando éstas tampoco podía prosperar aquella.

De dicha sentencia apeló el señor apoderado del actor y subido el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué y cumplida allí la actuación de segundo grado, esta entidad pronunció el fallo de fecha cuatro de Marzo de mil novecientos cuarenta y uno, por medio del cual reformó el de primera instancia, declarando probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora, sin condenar en costas.

Se apoyó el Tribunal, para declarar probada la indicada excepción, en que el acta en que consta el matrimonio eclesiástico celebrado por José María Díaz y María Ninfa Suárez, conforme a la cual éstos declararon que antes del matrimonio habían tenidos los seis hijos nombrados allí, entre ellos el actor Pedro Díaz, a quienes concedían el beneficio de la legitimación, no aparece firmada por los contrayentes sino por el Párroco únicamente.

Al respecto dice la sentencia:

"Pero esa partida no aparecce que hubiera sido suscrita y autorizada sino por el Párroco, pero no por los contrayentes, lo cual era indispensable en este caso para acreditar plenamente la legitimación según vamos a verlo.

"Nuestra Jurisprudencia ha declarado que los Párrocos no son funcionarios públicos y que los certificados que expiden sobre el estado civil no son oficiales, ni tienen el carácter de instrumentos públicos (G. J. Nº 229).

"Pero se dirá que nuestra ley sustantiva resolvió tener y admitir como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones, las certificaciones que con las formalida-

des legales expidieran los respectivos Párrocos.

"Eso es evidente; pero al disponer las Leyes 57 y 153 de 1887 que los matrimonios celebrados por el rito católico son válidos, se reputan legítimos y surten los efectos civiles y políticos que la ley señala al matrimonio, lo que se quiso establecer fue esto: 'que el matrimonio católico surte los mismos efectos civiles y políticos que el Código Civil le señala al que se celebre conforme a sus propias disposiciones'. Pero aquello no autoriza el concepto de que ese matrimonio católico produce la legitimidad de los hijos en todos los casos admitidos por el derecho eclesiástico (Casación de junio 28 de 1932)..

"Así las cosas se tiene lo siguiente: si cuando un padre reconoce a un hijo natural en el acto del nacimiento debe firmar el acta del registro respectivo, en prueba de ello, de acuerdo con el artículo 368 del Código citado, con mayor razón debe llenarse este requisito al hacerse una legitimación por el subsiguiente matrimonio, tanto porque el acto requiere la aprobación voluntaria de los contrayentes, como porque el hijo o los hijos reconocidos adquieren con tal reconocimiento una calidad que les otorga más y mejores derechos civiles que los que antes tenían. Y porque cuando no ha precedido el reconocimiento de filiación natural, la legitimación debe notificarse a la persona o personas que se trata de legitimar.

"Algo más: aunque el artículo 364 del C. Civil expresa que el acta que se entienda en el registro de matrimonios 'será firmada solamente por el Notario', esto debe tenerse como una excepción (que no existe especial para la legitimación) a la regla general contenida en la disposición posterior que trae el artículo 374 ibidem, cuyo texto dice así: 'Extendida el acta en el registro, se leerá por el Notario a los interesados o a sus representantes y a los testigos; se salvarán al pie del acta los errores, si los hubiere, y en seguida firmarán todos'.

"De manera que el acta del matrimonio católico celebrado entre José María Díaz y Ninfa Suárez necesitaba, para producir los efectos civiles que el Código de la materia asigna a la legitimación por el matrimonio celebrado conforme a sus normas, aparecer suscritas también por los contrayentes que pretendieron legitimar a Pedro Díaz y a sus hermanos, pues la firma del cura Párroco, que como se advirtió atrás no es un funcionario público del Estado, no podría tenerse sino como un simple y único testimonio de la legitimación".

EL RECURSO

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el señor apoderado del actor, recurso que pasa a decidirse por hallarse legalmente preparado.

Dos cargos formula el recurrente contra el fallo acusado, que en realidad envuelve uno solo: el de violación directa e indirecta de los artículos 239 del C. C., 22 de la Ley 57 de 1887 y 79 de la Ley 153 del mismo año, debido a "errónea interpretación de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba".

Sostiene el recurrente que el artículo 239 del C. C. no exige la firma de los contrayentes para que se produzca la legitimación, sino que los padres designen en el acta del matrimonio, o en escritura pública, los hijos a quienes confieren ese beneficio, ya estén vivos o muertos; que como los artículos 22 de la Ley 57 de 1887 y 79 de la Ley 153 del propio año, ordenan tener y admitir como pruebas del estado civil, respecto de nacimientos, o matrimonios, o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes Párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales, y que los matrimonios celebrados en cualquier tiempo por el rito católico son válidos, surten todos los efectos civiles y respecto de ellos se tendrán como pruebas principales las de origen eclesiástico, es evidente que las partidas extendidas en la forma prescrita

por la ley canónica, son documentos legalmente aptos pora contener la manifestación de legitimación de los hijos que deben hader los contrayentes con arreglo al artículo 239 del C. C.; y que como ni la ley civil ni la canónica exigen la firma de los contrayentes en el acta de matrimonio en que designan los nombres de los hijos a quienes confieren el beneficio de la legitimación, al negarle el fallo recurrido el valor de plena prueba de la legitimación de Pedro Díaz a la partida matrimonial de origen eclesiástico de los padres del legitimado, por no aparecer autorizada por las firmas de ellos, sino sólo por la del Párroco ante quien contrajeron el matrimonio, incurrió tal fallo en violación directa de las disposiciones legales citadas.

Se considera:

Según la jurisprudencia de la Corte, constante y uniforme en este punto, hasta el año de 1913 no era necesario que los contrayentes firmaran el acta del matrimonio eclesiástico en que dejaban constancia de que legitimaban determinados hijos. Bastaba que el acta llevara la firma del Párroco ante quien se celebraba el matrimonio. El asunto fue especial y detalladamente estudiado en la sentencia de fecha veinticinco de julio de mil novecientos veintitrés, en la cual la Corte fijó la siguiente doctrina:

"1º Que las partidas de matrimonio católico, extendidas en la forma prescrita por la ley canónica, son documentos legalmente aptos para contener la manifestación de legitimación que deben hacer los contrayentes con arreglo al artículo 239 del Código Civil.

"2º Que las partidas eclesiásticas de matrimonio católico son documentos públicos y auténticos, ya en razón de haberlas asimilado la ley a las actas del estado civil determinadas en el Título 20, Libro 1º del Código Civil, las cuales son tales (artículo 678 del Código Judicial), ya en virtud del Concordato que, no obstante proceder ellas de la potestad eclesiástica, les otorgó valor civil y se regulan entonces por el principio de pruebas judiciales de que los requisitos de fondo — decisoria litis — se determinan por la ley de origen; y como en derecho canónico las partidas de matrimonio religioso extendidas en debida forma son documentos auténticos (canon 1815), en tal carácter deben estimarse también por los Tribunales civiles.

"Estos antecedentes indican la solución que en el presente caso debe darse a la cuestión de si el testimonio del Párroco expresado bajo su sola firma en un acta de matrimonio religioso, acerca de que los contrayentes hicieron en su presencia la manifestación de que legitimaban a sus hijos, es prueba completa de este acto.

"La legitimación es un acto que confiere al hijo el estado civil legítimo, y el estado civil se comprueba, según el artículo 347, con el acta del respectivo estado.

"Y no es exacto, como lo afirma el Tribunal, que el testimonio del Párroco consignado en el acta de matrimonio acerca de la manifestación de los cónyuges de que legitiman la prole, sea prueba insuficiente de la legitimación y que se requiera la firma de los contrayentes. Si las partidas eclesiásticas, son documentos auténticos, según se deja asentado, participan, por lo mismo, de la condición de que el funcionario que las extiende puede atestiguar con fe pública los actos que en su presencia se verifican y que su testimonio sea fehaciente.

"Por otra parte, adoptadas por la ley civil como pruebas auténticas las partidas eclesiásticas tales como en materia de requisitos externos prescribe la ley canónica, en esta misma forma tienen que aceptarse por los Tribunales civiles.

"Hoy día la firma de los contrayentes es requisito que exige el Derecho Canónico especial a Colombia, según ordenanza de la Conferencia Episcopal de mil novecientos trece, pero antes no se exigía y no era dable que las partes pusiesen su firma. (G. J., Tomo XXX, página 116, 2ª y 3ª)".

Esa misma doctrina sostuvo la Corte posteriormente, en otras sentencias, para aceptar las legitimaciones verificadas antes de 1913. A partir de este año es in-

dispensable que los contrayentes que legitiman hijos en el acto del matrimonio eclesiástico firmen el acta correspondiente, por virtud de lo estatuído en la Ordenanza expedida por la Conferencia Episcopal de 1913, que fue luégo ratificada por el Decreto de 28 de octubre de 1927, dictado por la Conferencia Episcopal de dicho año.

Ahora bien: como en el caso de estudio el matrimonio y la legitimación se verificaron en el año de 1893, resulta fundado el cargo de violación de disposiciones legales sustantivas formuladas contra la sentencia del Tribunal, la cual debe, por tanto, infirmarse.

No obstante la anterior corrección de doctrina en punto sustancial, la demanda no puede prosperar, porque al entrar en instancia, la Corte tiene que hacer las siguientes consideraciones, que la llevan a confirmar la sentencia de primer grado.

Es evidente, como lo dijo el Juez a quo y como lo aceptó el Tribunal, que el actor inició dos acciones distintas en su libelo de demanda, a saber: la de petición de herencia en relación con los bienes pertenecientes a la sucesión de María Ninfa Suárez y a la sociedad conyugal formada por ella y José María Díaz, y la de reforma del testamento de éste. Inició también, como consecuencia de las dos anteriores, según lo expresó claramente en las peticiones OCTAVA y NOVENA, la de nulidad de la partición de los bienes pertenecientes a la sucesión de José María Díaz, y la dirigida a obtener que tal partición se haga de nuevo.

Las dos primeras de tales acciones, como lo dijo el Juez del conocimiento, estaban prescritas cuando se presentó la demanda, es decir, el 15 de diciembre de 1938.

En efecto, en relación con la petición de herencia se tiene lo siguiente:

No se sabe con absoluta seguridad en qué fecha murió María Ninfa Suárez, pero sí hay datos suficientes en el expediente para concluír que falleció antes de 1903, de modo que cuando se entabló la acción habían transcurrido bastante más de los treinta años que la ley concede para ejercitarla.

En lo tocante a la reforma del testamento resulta:

El señor José María Díaz otorgó su testamento por escritura número 891, del 27 de noviembre de 1920, de la Notaría del Guamo.

Se ignora cuándo se declaró abierta la sucesión de José María Díaz y quiénes fueron reconocidos como interesados en ella. No obstante, según la copia de varias piezas, que obra en autos, tomada de los juicios de sucesión acumulados de José María Díaz y Ninfa Suárez, consta que por providencia del Juez 1º del Circuito del Guamo, de fecha 30 de agosto de 1923, Pedro Díaz, entre otros, fue declarado heredero de José María Díaz, en su calidad de hijo legitimado, y esto demuestra que él tenía ya conocimiento del testamento de su padre, José María Díaz.

Pero si ello no fuere así, consta también que el 8 de septiembre de 1922 se verificaron los inventarios y avalúos de los bienes de la sucesión de José María Díaz, y aunque no aparece que a esa diligencia concurriera Pedro Díaz, es presumible que para esa fecha éste tuviera conocimiento del testamento de su padre, y, en todo caso, el 5 de mayo de 1930 se practicaron inventarios y avalúos adicionales de bienes pertenecientes a la citada sucesión, en los cuales estuvo presente aquél, de modo que es evidente que por lo menos en esta última fecha el actor Pedro Díaz tuvo conocimiento del mencionado testamento, y del 5 de mayo de 1930 al 15 de diciembre de 1938 transcurrió más del doble del término que el artículo 1274 del C. C. concede para solicitar la reforma.

En lo tocante a la acción de nulidad de la partición y a la solicitud encaminada a que ésta se haga de acuerdo con la ley, a fin de que se reconozcan los derechos de la sucesión de María Ninfa Suárez y el derecho de los hijos legitimados de José

María Díaz, es claro que habiéndose intentado esa acción como consecuencia de las anteriores, al fracasar éstas necesariamente ha de fracasar aquélla, a lo que se agrega que Pedro Díaz no podía en esa parte hablar a nombre de sus hermanos, porque no aparece que tenga poder para representarlos.

Cabe, sí, advertir que a los hijos de José María Díaz y María Ninfa Suárez, legitimados por el matrimonio celebrado por ellos el 23 de diciembre de 1893, les queda a salvo su derecho de petición de herencia respecto de los bienes pertenecientes a la sucesión de su indicado padre José María Díaz, el cual pueden hacer valer en juicio separado, sin que valga decir que está prescrita la acción de reforma del testamento, porque ella no es necesaria en este caso al tenor de lo dispuesto en el artículo 1276 del C. C., conforme al cual "el haber sido pasado en silencio un legitimario, deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima".

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, CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con fecha cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, y en su lugar confirma la dictada por el Juez 1º del Circuito del Guamo, fechada el diez y nueve de abril de mil novecientos cuarenta.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

CONTRATO DE TRABAJO

Es doctrina de la Corte la de que todas las cuestiones referentes al contrato de trabajo deben tramitarse de manera breve y sumaria y no por el procedimiento ordinario. Así lo dijo la Corte en sentencia de casación del 31 de mayo de 1940, cuya doctrina reproduce y confirma.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Juicio ordinario

Alejandro Fernández trabajó como empleado de la Compañía **The Bogotá Telephone Company Limited** en esta ciudad de Bogotá, por espacio de diez años, cinco meses y quince días. Pretende dicho señor que en todo ese tiempo dejó de gozar del descanso compensatorio del dominical. Separado Fernández de la Compañía, hizo el reclamo correspondiente al pago indemnizatorio de tal descanso dominical, pero la Compañía rechazó sus pretensiones.

Con fecha 17 de marzo de 1939 Alejandro Fernández presentó ante el Juez 3º Civil del Circuito de Bogotá demanda contra **The Bogotá Telephone Company Limited**, domiciliada en esta ciudad, suplicando estas declaraciones: 1ª Que la Empresa demandada está obligada a pagarle el valor del descanso dominical compensatorio durante todo el tiempo que estuvo a su servicio; 2ª Que el valor total de ese descanso dominical es la suma de tres mil doscientos cinco pesos con noventa y dos centavos y medio ($ 3.205.92½)) m. c.; 3ª Que la misma Empresa demandada debe pagarle los intereses de la suma indicada, desde el 15 de diciembre de 1938 hasta el día del pago; 4ª Que la entidad demandada debe pagar las costas del proceso.

Enumeró los hechos que le sirven de fundamento a su demanda y en derecho dijo apoyarla en las Leyes 37 de 1905, 57 de 1926 y 72 de 1931 y en los decretos reglamentarios de ellas.

El Juez del conocimiento falló la primera instancia en sentencia fechada el 14 de mayo de 1940, en la cual se absolvió a la parte demandada de todos los cargos que se le formularon en el libelo de demanda.

La sentencia acusada

En virtud de apelación interpuesta por ambas partes falló la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia de 17 de abril de 1941, en la cual se niegan las declaraciones pedidas por no ser procedente para su estudio la vía ordinaria, agregando que quedan a salvo los derechos de la parte demandante para hacerlos valer conforme a la ley.

Funda su decisión el Tribunal en la consideración de que para exigir con pleno derecho el reconocimiento y pago del llamado descanso dominical compensatorio es necesario admitir que el derecho para ello nace y descansa en los respectivos contratos de trabajo; es decir, que dicho contrato origina y da lugar a la prestación que se demanda con el nombre de descanso dominical compensatorio.

Agrega el Tribunal que es verdad que tal derecho al descanso dominical ya estaba regido y gobernado por leyes anteriores a la 10ª de 1934, y es verdad tam-

bién que esta ley, en su artículo 18, se refiere a la controversia que se suscite con motivo de la aplicación de sus disposiciones, para exigir que las acciones que surgen de dicha ley 10 se tramiten por el procedimiento breve y sumario que consagra el Título 46 del Código Judicial. Pero concluye el Tribunal que la acción incoada en este proceso, aun cuando en verdad no fluye de la Ley 10 de 1934, sino de las Leyes 57 de 1926, 72 de 1931 y decreto-ley número 1278 del mismo año, es indudable que debe tramitarse necesariamente por el procedimiento sumario y verbal que establece el citado Título 46 de nuestro Código Procesal, por así determinarlo tanto el artículo 33 del decreto-ley número 652 de 1935 como el artículo 1º de la Ley 45 de 1939, preceptos ambos que estatuyen con toda claridad que la acción para la indemnización por el descanso dominical compensatorio reciba esa tramitación especial. Para confirmar esa tesis el Tribunal se acoge a esta misma doctrina sentada por la Corte en su sentencia de 31 de mayo de 1940, en el juicio seguido por Pedro Bohigas y Canadell contra Antonia Pujol Matéus.

De lo dicho concluye que el actor no tiene acción ordinaria para suplicar lo pedido; de consiguiente por esta vía la demanda está llamada a fracasar, ya que por el trámite ordinario no se pueden resolver asuntos cuya decisión, por expresa disposición de la ley, corresponden a un trámite extraordinario y especial.

El recurso

Recurre en casación el apoderado de la parte actora y con fundamento en el motivo 1º de los enumerados en el artículo 520 del C. J. acusa la sentencia del Tribunal por violación directa y aplicación indebida de numerosos preceptos legales. Así presenta sus cargos el recurrente:

1º—Violación directa de los artículos 1º y 5º de la Ley 57 de 1926, 1º de la Ley 72 de 1931, 9º y 11 del Decreto 1278 de 1931 y 734 del C. C., por falta de aplicación al caso del pleito.

El Tribunal entra en el estudio de la acción ejercitada y concluye que no es la acción ordinaria la procedente, por lo cual se impone la denegación de las declaraciones pedidas. Hay, pues, un ejemplo claro de no aplicación de los artículos citados, con desconocimiento del derecho de Fernández al descanso compensatorio del dominical o a la indemnización respectiva.

Agrega el recurrente que los artículos 1º de la Ley 45 de 1939 y 33 del decreto-ley 652 de 1935, aducidos por el sentenciador como fundamento de su decisión, no son aplicables en este caso; el primero porque fue promulgado cuando ya este litigio estaba en trámite y agotado en su primera instancia; y el segundo porque a su decir fue declarado inexequible por esta Corte con anterioridad a la iniciación de esta controversia.

2º—Violación de los artículos 18 de la Ley 10 de 1934 y 1º de la Ley 45 de 1939, por interpretación errónea y aplicación indebida al caso del pleito. Sostiene el recurrente que el primer precepto citado es inaplicable a este proceso, ya que su tenor literal dice que sólo las controversias surgidas de la aplicación de la susodicha Ley 10 deben adelantarse por el procedimiento verbal y sumario que señala el Título 46 del C. J. Y el artículo 1º de la Ley 45 de 1939 tampoco es aplicable por las razones expuestas ya en el caso anterior.

Considera la Sala de Casación:

a) Es indudable que el artículo 1º de la Ley 45 de 1939 no es aplicable al caso del pleito, debido a que entró a regir el 13 de diciembre de dicho año y para esa fecha estaba ya agotada la primera instancia de este proceso y notificada la citación para sentencia. Pero aparece evidente que ese nuevo precepto, al fijar el procedimiento verbal y sumario del Título 46 del C. J. para toda clase de litigios que tuvieran su origen en obligaciones y prestaciones nacidas del contrato de trabajo, tuvo carácter aclarativo y se propuso evitar en lo futuro erradas interpretaciones del Organo Judicial en cuanto a la obligatoria aplicación del procedimiento especial pa-

ra todas las controversias nacidas de la aplicación de leyes sociales, con el objetivo manifiesto de abreviar la secuela de esos litigios.

Pero el artículo 33 del Decreto Legislativo 652 de 1935, que es precisamente el precepto que de manera clara y perentoria establece el procedimiento verbal y sumario para esta clase de litigios que se susciten por causa del contrato de trabajo, sí está vigente y es de estricta aplicación al caso del pleito, ya que la sentencia de Sala Plena de la Corte Suprema, de 19 de noviembre de 1937, sólo lo declaró inexequible en su parte acusada, es decir, "en cuanto dispone que el Juez fallará en conciencia las controversias a que el Decreto se refiere, prescindiendo de la opción que la ley confiere a los interesados para un fallo en conciencia o en derecho". (G. J. Tomo XLV, página 729).

b) Hecha esta previa aclaración, considera la Sala que, como ya se dijo en ocasión similar, la cuestión jurisdiccional planteada y que se impone a la solución de la Corte es la de decidir si las acciones que surjan de la convención del trabajo, ya se trate de aquellas que se dirigen a garantizar la efectividad de los derechos y prerrogativas enumeradas en la Ley 10 de 1934, o las que nacen de meras estipulaciones contractuales incorporadas a dicha convención, o las que tiendan en general a hacer efectivas las demás prestaciones consagradas en las leyes sociales protectoras de tal pacto, pueden admitir el trámite ordinario; o si todas esas acciones, sin excepción, deben someterse al procedimiento sumario señalado en el Título 46, Libro II, de nuestro Código de Procedimiento Civil.

Estima la Corte que es fundada y se ajusta a la estructura de nuestro derecho social la interpretación que da el Tribunal a los preceptos legales que regulan hoy el procedimiento en lo relativo al ejercicio de las acciones que nacen de las leyes que regulan la convención del trabajo. Para confirmar esa doctrina del sentenciador es suficiente reproducir aquí lo dicho por la Corte para un caso semejante, en sentencia de 31 de mayo de 1940, cuyos apartes pertinentes son de este tenor:

"A qué conflictos del trabajo se hace referencia en la ley para someter obligatoriamente su decisión al procedimiento del Título 46 del C. J.?".

"Sin duda ninguna a los que se originen en la interpretación y cobro de las obligaciones estipuladas en los contratos de trabajo celebrados entre patrones y empleados particulares; esto es, sobre todo lo que sea de la naturaleza propia de estas convenciones, que no contraríe los mandatos de la ley y que los contratantes hayan estipulado para gobernar sus relaciones recíprocas. Así lo dice más claramente que la ley su Decreto reglamentario número 652 de 1935, en su artículo 33, que reza:

"Las controversias que se susciten por causa del contrato de trabajo que se reglamenta por el presente decreto se tramitarán en papel común mediante el procedimiento verbal establecido por el Título 46 del Libro 2º del Código Judicial vigente, y el Juez las fallará en conciencia y con conocimiento de causa. 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".

"Ningún fundamento legal puede darse a la interpretación que sobre este particular contiene la sentencia del Tribunal, acorde con anteriores decisiones según allí mismo se advierte, y según la cual el procedimiento breve señalado por el artículo 18 de la Ley 10 de 1934 no es aplicable sino a controversias suscitadas en demandas para reclamar alguno de los derechos taxativamente enumerados en la Ley 10, en forma que no pueden acumularse en una misma demanda solicitudes sobre auxilio de cesantía y descanso dominical o viáticos porque para lo primero sólo es conducente el procedimiento verbal y solamente lo es para lo demás el juicio ordinario. Se rompe así arbitrariamente la unidad contractual originaria de las diversas prestaciones suplicadas en la

demanda como obligaciones de conexidad inseparable contra los fines y la letra de la ley".

"Dentro del criterio de la unidad del contrato de trabajo como fuente jurídica de obligaciones conexas por su naturaleza propia, la determinación del procedimiento a seguir no puede ser el de indagar, en presencia de las diversas súplicas de una demanda, cuáles se refieren a derechos y prerrogativas de los enumerados en la Ley 10 de 1934, y cuáles a estipulaciones contractuales aunque encajen dentro de la naturaleza del contrato de trabajo, para encaminar oficiosamente, como se ha hecho en este caso, unas por los trámites de un juicio y otras por los de otro. Lo acertado legalmente es averiguar, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato de trabajo, si la controversia proviene directamente de ese contrato para aplicar el procedimiento indispensablemente señalado por la ley".

"Mientras toma cuerpo la iniciativa, en marcha ya, de establecer una jurisdicción especial para los conflictos del trabajo, que los liberte de la lentitud y dificultades del procedimiento civil ordinario, ha dispuesto la ley que tales querellas se decidan por los trámites sencillos y rápidos del Título 46 del C. J. Esta indudable intención del legislador de aligerar y facilitar la justicia en esta clase de controversias resulta contrariada y deformada en la tesis del Tribunal, que al romper ilegalmente la continencia de la causa fragmentando la demanda para someterla a tratamientos jurisdiccionales diferentes, en vez de simplificar la administración de justicia la complica y enreda, y en vez de hacerla breve y barata, pues a tal finalidad proveyó autorizando el uso del papel común, la encarece y alarga con la multiplicación de los juicios. Todo esto pugna con las nociones y principios de la economía jurídica que explica los fenómenos de la acumulación de acciones y de autos".

"Esta interpretación, destinada a salvar el espíritu y objetivo de la Ley 10, tiene su plena confirmación y respaldo en los términos del artículo 1º de la Ley 45 de 1939, disposición aclarativa que obedeció indudablemente a remediar las irregularidades a que estaba dando lugar la errada interpretación de los Tribunales a que se ha hecho referencia, y por la cual se establece un procedimiento especial en las controversias que se susciten sobre algunas leyes de carácter social, con el objeto evidente de abreviar y unificar el procedimiento imponiendo el señalado en el Título XLVI del C. J., y que dice:

"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".

"Determinado qué clase de controversias son las que pueden y deben indispensablemente ser materia de procedimiento verbal a que se refiere el artículo 18 de la Ley 10 de 1934, falta solamente advertir que la adopción de tales trámites es cosa indispensable e imperativa, no sujeta a la voluntad particular. El procedimiento civil regula el modo como deben ventilarse y resolverse los asuntos civiles por medio de juicios, que son los distintos procedimientos sistematizados que por razón de la naturaleza de los negocios establece la ley (artículo 194, C. J.). Es la naturaleza del asunto lo que determina el procedimiento conducente, no la voluntad de las partes en controversia. Las leyes que fijan el juicio en cada caso son leyes de orden público, no susceptibles de variacio-

nes, ni acomodaciones a casos y situaciones particulares. De ahí por qué la equivocación en que se incurra en la escogencia de la vía procedimental afecte de invalidez la actuación irremediablemente. El procedimiento mal elegido es simpre camino legalmente inconducente, y la providencia que se profiera, aunque tenga, como en este caso, la condición formal de sentencia de juicio ordinario, no es tal en realidad por ser la culminación de un procedimiento ilegal. La controversia que Pedro Bohigas y Canadell planteó en su demanda no podía ser sometida a procedimiento distinto del señalado en el Título XLVI del C. J., y la circunstancia de haberse enderezado equívocamente por el Juzgado contra la expresa voluntad del actor no sanea la actuación dándole una naturaleza procedimental que no le corresponde. El juicio ordinario, que en la antigua ley de procedimiento civil era una posibilidad abierta a todas las querellas judiciales, no es conducente ahora sino para ventilar y decidir las controversias para las cuales la ley no dispone que se observen trámites especiales o autorice procedimientos sumarios".

"En efecto, la ley procesal, en cuanto regula las formas de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, siempre es de orden público, y por consiguiente tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio. No existen entre nosotros juicios convencionales, esto es, juicios en los cuales tanto el Juez como las partes puedan gobernar a su capricho la actuación y determinar contractualmente los efectos de los actos procesales. Este principio no obsta para que en casos particulares, pero siempre en virtud de disposición expresa de la ley, las partes tengan facultad para separarse de la observancia de una norma procesal o para, consensualmente, acordar lo contrario a una regla dispositiva procesal, v. g., prorrogar un término no perentorio" (G. J. Tomo 43, página 627).

"Por disposición expresa del artículo 1213 del C. J., los fallos que profiera un Tribunal en el juicio verbal que ha debido seguirse en este caso no están sujetos al recurso de casación. La admisibilidad del recurso constituye una verdadera calidad inherente a la sentencia misma, y en la solución de este punto va envuelta, como lo ha dicho esta Sala, una cuestión de jurisdicción, puesto que al tenor de la disposición contenida en el artículo 148 del C. J. usurpan jurisdicción los jueces cuando la ejercen sin haberla adquirido legalmente. Este principio de que la simple tramitación equivocada no desnaturaliza la índole legal de la sentencia para los efectos del recurso de casación, ha sido norma de doctrina de esta Sala; en fallo de 24 de junio de 1938 se dijo que aun cuando el juicio especial de separación de bienes se haya tramitado como ordinario, la sentencia en él proferida no es susceptible del recurso de casación. En sentencia de 23 de septiembre de 1937 (G. J. T. XLV, pág. 747), se dijo: "Y no porque el Tribunal acogiese en la apelación las normas procesales peculiares del juicio ordinario, la acción de especial conviértese en ordinaria, en fuerza de lo que caracteriza la acción adjetivamente considerada no es el procedimiento que arbitrariamente se le asigne, sino lo que ella es en realidad, o sea la naturaleza del derecho ejercitado. Por ende, el fallo recurrido, no correspondiendo a una acción que tenga señalado el procedimiento del juicio ordinario, sino el de juicio especial, está fuera del alcance del recurso de casación, a que se le quiere someter". (G. J. Tomo XLIX, páginas 508 a 519).

Fallo

Por lo expuesto y transcrito anteriormente se concluye que este litigio debió tramitarse en forma sumaria y verbal, con aplicación de las fórmulas procesales consagradas en el Título 46, Libro II del Código Judicial. Por ende, como el fallo acusado no corresponde a una acción que tenga señalado el procedimiento del juicio ordinario, sino el de un juicio especial, está fuera del alcance del recurso de casación.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este negocio, fechada el 17 de abril de 1941.

Las costas serán de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, 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 en propiedad.

ACCION PRINCIPAL PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS Y DE RECONVENCION SOBRE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS. — EMPRESAS DE SOCIEDADES EXTRANJERAS.—MUTUO.

1.—Conforme a los artículos 2º y 6º del Decreto Legislativo número 2 de 1906 no basta que se trate de sociedades extranjeras y de cualquier negocio en el país por parte de éstas, sino que es preciso que la compañía negociante tenga empresas de carácter permanente en el territorio de la República. La aceptación que a la palabra empresa parece darse aquí, como en la mayoría de las veces en 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 que diferencia la empresa del negocio, el artículo 1º del Decreto Legislativo número 37 de 1906, adicional del 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 2º 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. 2.—Son de la esencia del contrato de mutuo la calidad de cosa fungible que corresponde legalmente a lo que se recibe a título de tal; la tradición del dominio del dinero por medio de la entrega real, y la obligación del mutuario de restituír cosas del mismo género y calidad. Estas son las cosas de la esencia del mutuo, sin las cuales, como lo dice la ley, no produce ningún efecto o degenera en un contrato distinto; pero es jurídicamente posible, sin perjudicar su naturaleza y dentro de la libertad contractual que inspira nuestro derecho, añadirle cosas accidentales en pactos accesorios o combinarlo con otros contratos.

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

(Magistrado ponente: doctor Hernán Salamanca).

En las escrituras públicas números 1567 y 1568 otorgadas ante la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla el día 14 de julio de 1920 y en la número 1515 de 10 de septiembre de 1921, de la Notaría 2ª del mismo Circuito, reformatorias de la primera las dos últimas, están contenidas las diversas estipulaciones contractuales acordadas por la Compagnie Generale des Tabacs, sociedad anónima francesa con domicilio en París, representada por apoderado bien constituído, con Diego Maldonado, ciudadano colombiano vecino del Carmen de Bolívar. Como en torno del significado y alcance de estas estipulaciones se han producido las divergencias que han originado este litigio, conviene hacer desde ahora un resumen de las obligaciones nacidas en la celebración del contrato que contienen los precitados instrumentos auténticos, tal como en definitiva quedaron.

El objeto del contrato fue la adquisición por parte de la compañía francesa de la mayor cantidad posible de tabaco en rama del Carmen durante un término de tres años contados desde el 1º de octubre de 1920, prorrogables por igual tiempo si

así lo acordaren las partes al finalizar los dos primeros años, para cuya realización se obligaron los contratantes a lo siguiente:

La Sociedad francesa a comprarle a Diego Maldonado todo el tabaco en rama llamado del Carmen que éste le vendiera y a no adquirir este artículo sino por el exclusivo conducto de su contratante vendedor; a pagarle a Maldonado, en adición del precio de venta que convinieran, dólar y medio por cada paca de tabaco vendida y despachada como comisión y resarcimiento del derecho de exclusiva, selección de calidad, crédito de su marca, conocimiento de la región y experiencia del negocio, etc.; a poner a la orden de Maldonado, en efectivo, en un Banco de Barranquilla, la suma de 250.000 dólares en moneda americana a más tardar el 30 de julio de 1920, destinados a que Maldonado los diera en los adelantos que fueran necesarios para la recolección del tabaco y con el objeto de facilitar el negocio.

Diego Maldonado, a su turno, se obligó a hacer por sí o por medio de sus empleados o agentes compra de la mayor cantidad posible de tabaco en rama y a venderlo a la Compagnie Génerale des Tabacs, el cultivado por él como el comprado a otros cosecheros o negociantes en tabaco, y a no venderle este producto a ninguna otra firma francesa con excepción de la sociedad Duhart Fréres & Co., de París, la que en ningún caso debía quedar en mejores condiciones, para lo cual se estipuló que cualquiera ventaja o concesión otorgada a aquella sociedad beneficiaría automáticamente a la Compagnie contratante; a poner al servicio del negocio sus conocimientos personales y su experiencia así como sus elementos útiles y enseres; a facilitar a la Compagnie el control de las operaciones de romaneo, peso, aliño, empaque del tabaco vendido y la fiscalización de las inversiones o avances de los 250.000; a venderle a la Compagnie no menos de 20.000 pacas de tabaco anualmente; a indicarle a la compañía durante la primera quincena de los meses de octubre y diciembre de cada año las cantidades mínimas que estimara poder entregar después de cada cosecha con indicación de los precios mínimos a que pudiera vender el tabaco, para que la sociedad diera a conocer a Maldonado, a su turno, el precio máximo a que pudiera comprarlo. En caso de que Maldonado no pudiera obtener tabaco a precios que le permitieran vendérselo a la Compañía en razón de los precios fijados por ésta, tendría la sociedad compradora opción entre comprar al precio propuesto por Maldonado o renunciar a la compra de las cantidades reservadas para que Maldonado pudiera disponer de ellas a su antojo; respecto de los 250.000 dólares dados por la Compagnie, Maldonado se obligó a pagar intereses a la rata que se estipuló y a devolverlos en moneda de la misma especie, a más tardar a la fecha de la terminación del contrato. Comunicada por la Compagnie a Maldonado su resolución de no prorrogar el contrato, al final del primer bienio, podía éste, durante el último año imputar al pago de la suma recibida en dólares una parte proporcional del valor de cada venta de tabaco que hiciere a la sociedad previo acuerdo sobre su precio. Si por cualquier circunstancia Maldonado no hiciera ninguna venta o las cantidades por él vendidas a la Compagnie no fueren suficientes para amortizar el préstamo mencionado, la suma recibida o el saldo que de ella quedare debería ser pagado por Maldonado, a más tardar, el día del vencimiento del contrato. Como garantía del cumplimiento de estas obligaciones, Maldonado se comprometió a entregar a la Compagnie, en prenda, los pagarés, documentos privados y públicos que tuviese otorgados a su favor, por obligaciones pagaderas en tabaco en rama o empacado provenientes de adelantos hechos a los cosecheros con el dinero prestado por la sociedad, hasta concurrencia de los 250.000 dólares. La prenda debía constituírse mediante cesión legal notificada de estos documentos. La sociedad, a su turno, para el cobro de estos créditos y sus intereses, constituía a Maldonado como su apoderado, a cuyo favor debían vol-

ver los documentos cedidos una vez que hubiera cumplido su obligación de pagar.

En garantía también de las obligaciones contraídas por Diego Maldonado se obligaron como sus fiadores solidarios Gilberto, Alejo y Rafael Maldonados y la sociedad comercial Maldonado & Matos, y posteriormente, por medio de la escritura 1515 de 10 de septiembre de 1921, para garantizar las mismas obligaciones contraídas por Diego Maldonado, se constituyó hipoteca sobre los inmuebles determinados en ese instrumento.

No fue prorrogado el contrato, de tal modo que los tres años de su duración corrieron desde el 14 de julio de 1920 hasta el 14 de julio de 1923. No habiendo Maldonado para esta fecha cumplido su obligación de devolver la suma recibida en dólares, y haciendo pie en los contratos a que se ha hecho referencia, la Compagnie Génerale des Tabacs, por medio de apoderado y en libelo de fecha julio 17 de 1925 repartido al Juzgado 1º del Circuito de Barranquilla, demandó por la vía ordinaria a Diego Maldonado, Gilberto Maldonado, Alejo Maldonado, vecinos del Carmen de Bolívar, Rafael Maldonado, vecino de Barranquilla, Manuel Maldonado, vecino de New York y a Maldonado & Matos, sociedad regular colectiva del comercio de Barranquilla, para que en sentencia definitiva:

"a) Se condene al señor Diego Maldonado a pagarle a la Compagnie Génerale des Tabacs (Compañía General de los Tabacos) dentro de los seis días siguientes a la notificación de la sentencia, la cantidad de doscientos cincuenta mil dólares, moneda de los Estados Unidos de América y los intereses correspondientes así: sobre $ 185.199.10 al 9% anual, desde el 4 de agosto de 1920 hasta el 1º de octubre de 1921; sobre $ 221.237.20 al interés medio de la plaza desde el 1º de octubre de 1921 hasta el 1º de octubre de 1922; y sobre $ 250.000 al mayor interés corriente de la plaza, desde el 1º de octubre de 1922 hasta la fecha en que se verifique el pago.

"b) Se declare que los señores Maldonado & Matos, Gilberto Maldonado, Alejo Maldonado y Rafael Maldonado, están obligados, como fiadores solidarios de Diego Maldonado, a cumplir las anteriores obligaciones, en todo o en parte, si el deudor principal no las cumple.

"c) Se declare igualmente que los siguientes bienes, pertenecientes a Diego Maldonado, Rafael Maldonado y Manuel Maldonado, e hipotecados a favor de mi poderdante, se hallan afectos al pago de las obligaciones de Diego Maldonado...

"d) Se declare, asímismo, que las susodichas obligaciones de Diego Maldonado están caucionadas con la prenda de los siguientes créditos, pertenecientes todos al referido Diego Maldonado...

"e) Se condene a Diego Maldonado a pagarle a mi poderdante las costas del presente juicio".

Se opusieron los demandados al evacuar el traslado legal de la demanda a que se hicieran las declaraciones pedidas por el actor, y aceptando algunos de los hechos principales de la acción opusieron las excepciones de nulidad, falta de acción, petición antes de tiempo o de un modo indebido, dolo, y caso fortuito.

A su turno los demandados, en escrito separado del de contestación y oportunamente, propusieron demanda de reconvención contra la Compagnie Génerale des Tabacs para que se declare que son nulos los contratos que expresan las escrituras públicas números 1567 y 1568 ya citadas, de la Notaría 1ª del Circuito de Barranquilla, lo mismo que el contrato y las garantías que constan en la escritura número 1515 de 10 de septiembre de la Notaría 2ª del mismo Circuito, y que se declare nulo el registro que de este último instrumento se hizo en la Oficina de Registro de Tamalameque. Subsidiariamente piden que se condene a la citada Compagnie a pagar a Diego Maldonado "la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios resultantes de la infracción de los contratos que expresan las mencionadas escrituras", perjuicios que estiman en la suma de $ 1.000, o a lo que

en el curso del juicio se comprueba que valen tales daños.

Negó a su vez el apoderado de la sociedad demandante los hechos fundamentales de la contrademanda y se opuso a las declaraciones en ella impetradas. Trabada así doblemente la litis y seguida por sus trámites adecuados, le puso fin el Juzgado del Circuito a la primera instancia con sentencia del 4 de julio de 1936, en la cual se hicieron todas las declaraciones pedidas por el actor principal condenando a los demandados al tenor de las peticiones de la demanda, se absolvió a la Compagnie Génerale des Tabacs de los cargos de la contrademanda y se ordenó oficiar a quien corresponda como funcionario criminal investigador, a fin de que se abra la correspondiente averiguación en lo relativo a adulteración, suplantación o falsificación en los libros de la Oficina de Registro del Circuito de Tamalameque durante el año de 1921.

Sentencia acusada

El oportuno recurso de apelación que contra esta sentencia interpuso el apoderado de la parte demandada llevó el negocio al Tribunal Superior de Barranquilla donde se tramitó y decidió el segundo grado del juicio en sentencia del 12 de febrero de 1941, en la cual, con un voto disidente, se resolvió:

"Primero. — Condénase a los señores Diego Maldonado, Gilberto Maldonado, Alejo Maldonado, vecinos del Carmen de Bolívar; Rafael Maldonado de esta vecindad, Maldonado & Matos, compañía regular colectiva de esta plaza, y Manuel Maldonado, vecino de New York, Estados Unidos de América, a pagar a la Compagnie Génerale des Tabacs diez días después de quedar ejecutoriada esta providencia, la suma de doscientos cincuenta mil dólares moneda de los Estados Unidos de América, recibida por los demandados según contrato celebrado el día 14 de julio de 1920, más los intereses corrientes en esta plaza sobre la suma dicha, desde el día en que se hizo exigible la obligación hasta el en que se verifique el pago.

"Segundo.—Absuélvese a la Compagnie Génerale des Tabacs de todos los cargos de la demanda de reconvención.

"Tercero.—Los señores Gilberto Maldonado, Alejo Maldonado, Rafael Maldonado y Maldonado & Matos, quedan obligados en los términos del presente fallo, como fiadores solidarios de Diego Maldonado, a cumplir las obligaciones de éste, en todo o en parte, caso de que no se cumplan por el deudor principal.

"Cuarto.—Declárase afectos al pago de las obligaciones que se decretan en esta sentencia, los bienes inmuebles descritos en la escritura pública número 1515 de fecha 10 de septiembre de 1921.

"Quinto.—Declárase que las obligaciones a que se hace referencia en este fallo están caucionadas con la prenda consistente en los documentos de crédito a favor de Diego Maldonado, especificados en el punto d) de la parte petitoria de la demanda principal.

"Sexto.—Condénase a los demandados al pago de las costas y costos del presente juicio. En los términos del presente fallo queda reformada la sentencia de primer grado".

Con el objeto de motivar su sentencia el Tribunal analiza las obligaciones que se desprenden para las partes de los contratos que se hicieron constar en los instrumentos públicos ya citados, que se acompañaron a la demanda como base fundamental de la acción, y de este análisis concluye que la compañía demandante celebró con Diego Maldonado dos contratos: uno de mutuo o préstamo de consumo de la cantidad de 250.000 dólares americanos, que el mutuario se obligó a devolver, a más tardar, al vencimiento del contrato, y otro de compra y venta de tabaco en rama o empacado según las condiciones que se dejaron expresadas al principio. La acción que se ha ejercitado por la sociedad francesa es la que corresponde al mutuante para obtener el pago de la suma prestada, y recibida y utilizada por el demandado Maldonado según su

propia confesión, y exigible por estar el deudor en mora puesto que el plazo convencional está vencido. No está condicionado el contrato de mutuo, en concepto del Tribunal, por las demás estipulaciones contenidas en las escrituras públicas relacionadas con el negocio de compraventa del tabaco del Carmen, de tal modo que no es procedente el estudio sobre el cumplimiento de las obligaciones conexionadas exclusivamente con el segundo contrato para deducir si la sociedad que dio en préstamo el dinero tiene o no acción para cobrarlo. Pero "aún aceptando —dice la sentencia— en gracia de discusión que el reembolso de la suma adelantada por la Compagnie Génerale des Tabacs a Diego Maldonado, está sujeta al cumplimiento de las obligaciones contraídas sobre compra y venta de tabaco, habría de concluírse también, que los demandados como excepcionantes que son, estaban obligados a demostrar el incumplimiento por parte de la Compañía, y tal demostración no se ha hecho en los autos. Todo lo contrario, la Compagnie Génerale des Tabacs ha demostrado abundantemente el incumplimiento del contrato por parte de Diego Maldonado en lo que se refiere a la compra y venta del tabaco".

Respecto de la demanda de reconvención, fundó el Tribunal su resolución absolutoria, en lo tocante al pedimento de nulidad de los contratos recogidos en las escrituras públicas mencionadas, en que las disposiciones alegadas como base de nulidad —artículos 2 y 6 del Decreto Legislativo número 2 de 1906— no tienen aplicabilidad al caso porque no es posible deducir, a la luz de las estipulaciones contractuales ya vistas, que la sociedad francesa hubiera establecido con ocasión del negocio de que se trata empresa de carácter permanente en el territorio de la República. En apoyo de esta conclusión y como argumento secundario agrega el Tribunal que ni aún en el caso de que fuera pertinente el citado decreto legislativo sería procedente la declaratoria de nulidad, propuesta también en forma de excepción, en virtud del principio consignado en el artículo 479 del C. C. conforme al cual el tercero que contratare con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones.

Negó el Tribunal la declaración de que es nulo el registro de la escritura número 1515 del 10 de septiembre de 1921, hecho en la Oficina de Tamalameque, porque las pruebas que aparecen en autos, como la certificación del Alcalde de ese Municipio y la expedida por el Registrador del Circuito, demuestran que Dionisio Montecino, que autoriza como Registrador la inscripción correspondiente, ejercitó el cargo en los años de 1920 y 1921 en el Círculo de Tamalameque, contra lo que aseveran y pretendieron demostrar los demandados.

Tal es, resumida, la fundamentación del fallo definitivo de segunda instancia, que la parte demandada, vencida en las instancias acusa en el recurso de casación que oportunamente interpuso ante el Tribunal y que hoy se decide por estar legalmente preparado.

El recurso

Se invoca para fundar el recurso la primera de las causales legales de casación que enumera el artículo 520 del C. J., y se formulan contra la sentencia los cargos que pasa a estudiar la Sala agrupándolos en el orden que conviene a la claridad de la decisión.

—"Acuso la sentencia —dice el recurrente— por haber violado los artículos 2º y 6º del Decreto Legislativo número dos de 1906, violación que consiste en la interpretación errónea que le dio el Tribunal a los contratos celebrados entre la Compañía General de Tabacos, de París, sin haber llenado los requisitos que señala el artículo 2º citado, puesto que no aparecen comprobados en el expediente esos requisitos, y por lo mismo, la Compañía al pretermitir el lleno de esas formalidades incurrió en las sanciones que de ma-

nera perentoria estableció el artículo 6º del Decreto invocado. Si el honorable Tribunal interpreta la palabra **permanente** en su correcta significación, habría decretado la nulidad de los contratos y absuelto a los demandados de los cargos formulados contra ellos en la demanda".

"Acuso igualmente la sentencia por indebida aplicación al caso del pleito de los artículos 472 y 479 del C. de Co.", en que se apoya para negar la nulidad pedida, porque tales disposiciones no son aplicables sino exclusivamente a las sociedades que se constituyen en Colombia pero en manera alguna a las no domiciliadas en el país o sociedades extranjeras, como es la Compagnie Génerale des Tabacs.

Se considera

Dispuso el artículo 2 del citado decreto legislativo que "las sociedades o compañías domiciliadas fuera del país que tengan o establezcan empresas de carácter permanente en el territorio de la República, protocolizarán, dentro de los seis meses subsiguientes a la iniciación de sus negocios, el documento de su fundación y sus estatutos en la Notaría de la circunscripción en donde esté el asiento principal de sus negocios o industrias, y estableció como sanción en su artículo 6º 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 consagraron 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 que diferencia la empresa del negocio, el artículo 1º del Decreto Legislativo número 37 de 1906, adicional del 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, cuanto ya el decreto adicionado había establecido esta misma obligación en su artículo 2º 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.

Desde luego, la Compagnie Génerale des Tabacs no estableció en el país por virtud de los contratos cuestionados, cuyo esquema se hizo al principio de esta decisión, ninguna empresa propiamente dicha; pero ni aún aceptando que la empresa a que se refiere el artículo 1º del Decreto 2 de 1906 que se dice violado por el Tribunal, sea equivalente a negocio, resulta fundado el cargo contra la sentencia porque la verdad incuestionable es que los que la sociedad francesa tuvo en Colombia con Diego Maldonado, determinados y regidos por las cláusulas de los instrumentos respectivos, carecen, como lo consideró acertadamente el sentenciador, del carácter de permanentes que es requisito indispensable para poder considerarlos a la luz de las disposiciones que se citan como quebrantadas. Efectivamente, un negocio que en puridad de verdad y bien resumido, consistió en un préstamo de dinero que la sociedad extranjera concedió a Diego Maldonado para aumentar y activar su capacidad de producción y compra de tabaco en rama del Carmen de Bolívar, para venderlo obligatoriamente a la compañía francesa con opción para comprarlo o no por razón de precio, durante el preciso término de tres años, es una operación como la mayoría de las que constituyen el tráfico internacional, constitutiva de negocios en Colombia, y que en ma-

nera alguna puede considerarse con la permanencia y significación que justifique la necesidad de que la sociedad compradora del citado fruto de exportación nacional se incorpore a la legislación colombiana con el cumplimiento de las formalidades señaladas en el decreto legislativo número 2 de 1906.

El cargo, que en realidad se reduce a una crítica de la interpretación que en el fallo se hace de la palabra permanente, no es aceptable, porque el entendimiento que el Tribunal le dio, vinculado a la cuestión de hecho general del contrato, no puede desestimarse porque no se ha demostrado, ni existe, el error evidente en que incurriera la sentencia al respecto.

No habiéndose demostrado ilegalidad ninguna respecto del fundamento principal en que se apoya el fallo para negar aplicabilidad al decreto legislativo de 1906, en sus disposiciones que se pretenden infringidas, no hay en realidad objeto ni utilidad en el estudio de la segunda parte de este cargo, relativa a violación de los artículos 472 y 479 del C. de Co., mencionados por el Tribunal solamente en forma subsidiaria para advertir, en refuerzo de su tesis, que en el caso de estudio militarían las mismas razones que explican y justifican la disposición del último de los precitados artículos del Código de Comercio, según la cual el tercero contratante con una sociedad ilegalmente constituída no puede por esta razón sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones. No encuentra la Sala, aunque sea innecesario decirlo para efecto del recurso, improcedente ni equivocada la cita del precepto de la ley comercial como extensivo al caso de sociedades extranjeras ilegalmente incorporadas a la legislación del país para evitar injustificables casos de enriquecimiento indebido, si lo que se pretende, como ahora, es que se declare que el actor carece de la acción de cobro. No se ve, por otra parte, cómo la declaratoria de nulidad del contrato, pedida en reconvención, podría conducir a la absolución para Maldonado de su obligación restitutoria del dinero recibido, si a tal extremo habría de llegarse aun declarándola, puesto que el efecto inmediato y principal de la nulidad es la restauración del estado en que estarían las partes antes de la celebración del contrato.

No son fundados, por lo visto, estos cargos.

II.—"Acuso la sentencia recurrida por errónea intepretación de los contratos celebrados entre la Compañía General de Tabacos de París y Diego Maldonado, interpretación en que incurrió el Tribunal en errores de derecho y de hecho que aparecen de manifiesto en los autos, y que lo llevaron a considerar el contrato como de mutuo, y por lo mismo a darle indebida aplicación a los artículos 2221 y siguientes que regulan el contrato de mutuo, no siendo por sus características ninguno de los contratos de esta especie". Sostiene el recurrente que no se trata de un préstamo de consumo porque la Compañía no dio los 250.000 dólares prestados a Diego Maldonado, sino para hacer anticipos a los productores de tabaco, sin transferirle el dominio sobre ellos, y permitiendo que sus agentes fiscalizaran su inversión, condiciones éstas que no se avienen con la naturaleza del mutuo.

Se considera

Como claramente se dejó visto al discriminar las diversas estipulaciones contractuales que han dado ocasión a este litigio, la Compagnie Génerale des Tabacs, de París, interesada comercialmente en adquirir la mayor cantidad posible de tabaco en rama de la región del Carmen de Bolívar celebró con Diego Maldonado el negocio ya conocido en que éste se comprometió a venderle el de su propia producción y todo el que pudiera adquirir en el mercado de Bolívar. Con el objeto de dar incremento al negocio desarrollando sus propias plantaciones y dando anticipos sobre promesas de venta a los demás cultivadores y negociantes en el artículo en forma de poder cumplir su obligación de vender un mínimum de 20.000 pacas al año, la Compagnie le dio la referida suma

poniéndola a su orden en un Banco de Barranquila en moneda de los Estados Unidos para facilitar su negocio, invirtiéndola Maldonado en la forma ya dicha, por su cuenta y riesgo, y obligándose a devolverla en moneda de la misma especie en plazo determinado, con los intereses a la rata estipulada, y garantizando su cumplimiento con obligaciones accesorias de fianza, hipoteca y prenda, según se vio.

Con perfecta claridad se ve que estas estipulaciones contienen los elementos esenciales o de sustancia que estructuran jurídicamente el contrato de mutuo, aunque los contratantes no lo hayan denominado al celebrarlo. Allí está, en efecto, la calidad de cosa fungible que corresponde legalmente a las especies monetarias; la tradición del dominio del dinero por medio de la entrega real; y la obligación del mutuario de restituír cosas del mismo género y calidad. Estas son las cosas de la esencia del mutuo, sin las cuales, como lo dice la ley, no produce ningún efecto o degenera en un contrato distinto; pero es jurídicamente posible, sin perjudicar su naturaleza y dentro de la libertad contractual que inspira nuestro derecho, añadirle cosas accidentales en pactos accesorios o combinarlo con otros contratos, como sucedió aquí, en que el mutuario, además de lo estipulado sobre prenda, se obligó accidentalmente a dar a la suma prestada una inversión precisa de acuerdo con el contrato general para cuyo buen éxito se celebró el de préstamo de consumo y a permitir al mutuante la fiscalización de las inversiones convenidas por medio de sus agentes. Estas modalidades convencionales no afectan la estructura esencial del mutuo, y son de muy frecuente usanza, sobre todo en préstamos de ciertas instituciones bancarias de negocios especializados, como acontece en los préstamos del Banco Agrícola Hipotecario y de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en que se estipulan obligaciones del mutuario sobre inversiones especiales vigiladas por funcionarios del Banco. "Ciertos préstamos —dice Planiol y Ripert— refiriéndose al mutuo, sobre todo en materia mercantil, revisten formas particulares que los someten a reglas especiales, sin que por ello dejen de ser préstamos".

Acertado estuvo el Tribunal al considerar como mutuo el contrato originario de la acción incoada, y por tanto, el cargo carece de fundamento.

III.—Acusa el recurrente la sentencia por errores de hecho y de derecho en la interpretación de los contratos acompañados a la demanda, errores que aparecen de manifiesto en los autos, consistentes en haber roto la armonía y unidad contractual del negocio que se hizo constar en las tres escrituras públicas, y que condujeron al Tribunal a violar los artículos 1602, 1603, 1609, 1618 a 1624 por falta de aplicación, y el 1608, todos del C. C., por indebida aplicación al caso del pleito. Afirma el recurrente que la Compañía se obligó a comprar el tabaco del Carmen de Bolívar exclusivamente por intermedio de Maldonado y está demostrado en autos que compró 10.000 pacas al señor Volpe; se obligó además a darle en la primera quincena de los meses de octubre y diciembre de cada año los precios más elevados a que pudiera comprar, y dejó de hacerlo. Estos hechos, con los cuales la sociedad demandante incurrió primero en incumplimiento del contrato, dan base legal a la excepción perentoria de petición antes de tiempo o de un modo indebido, propuesta por el demandado, de acuerdo con el artículo 1609 del C. C.

Se considera

En los tres instrumentos públicos contentivos de las diversas fórmulas compromisorias en que la Compañía actora y Diego Maldonado hicieron constar sus declaraciones de voluntad y la forma, alcance y condiciones de las obligaciones que recíprocamente contrajeron para su negocio de tabaco, se encuentran como se anotó al resumir las estipulaciones, diversos contratos combinados, o prestaciones correspondientes a diferentes convenciones. Aparecen allí completamente diferenciados aunque ligados por la utilidad del

mismo fin, el mutuo o préstamo de consumo cuyos elementos de existencia se dejaron expresados; las estipulaciones relacionadas propiamente con la negociación del tabaco en rama, no constitutivas de contrato de venta porque para tal les faltaría el requisito indispensable del precio determinado, sino más bien contentivas de una promesa de venta con opción, puesto que Maldonado se obligaba a vender y la Compañía a comprar con opción entre aceptar el precio y renunciar a la compra para que el vendedor pudiera disponer del tabaco a su antojo; hay también, en garantía de las obligaciones de Diego Maldonado, especialmente de la restitutoria de los dólares, contratos accesorios de fianza, hipoteca y prenda, combinado este último con un mandato consistente en que Maldonado cobraría como apoderado de la sociedad los créditos que debía darle, cedidos, en prenda. Dentro del funcionamiento general del negocio se pueden aislar perfectamente, en su estructura y en su actividad, los dos contratos principales, el mutuo y el referente a la compra y venta de tabaco, que se mueven dentro de órbitas independientes y entre los cuales no puede hallarse combinación inseparable ni subordinación o interdependencia de prestaciones. No hay fundamento para sostener, ni aun dentro del más riguroso concepto de la buena fe como norma interpretativa de los contratos, que no hay derecho ni por tanto acción para demandar la restitución de los 250.000 dólares, a pesar de estar vencido el plazo para su devolución, alegando que la Compañía francesa compró tabaco a persona distinta de Diego Maldonado o que se abstuvo de dar oportunamente cotización sobre el artículo, como pretende el recurrente. Estas obligaciones se mueven en planos diferentes y en su cumplimiento no existe la conexidad que sería necesaria para que el incumplimiento de una determinara la situación jurídica de mora recíproca que preve el artículo 1609 del C. C. en que se funda la **exceptio non adimpleti contractus.** Claramente aparece que la violación de las prestaciones relacionadas con compra de tabaco darían lugar y base, independientemente de la acción mutuaria de cobro, para ejercitar el derecho alternativo de pedir su cumplimiento o su resolución con la correspondiente indemnización de perjuicio. Pero éste no ha sido el planteamiento que se le ha dado a la cuestión.

Atacada sin resultado esta fundamentación de la sentencia que se negó a declarar la excepción de contrato no cumplido, huelga el estudio de los dilatados cargos que contiene la demanda de casación sobre mala apreciación de las pruebas producidas en el juicio sobre incumplimiento de la sociedad extranjera, a que sólo subsidiariamente hizo referencia el Tribunal para decir que aún colocándose hipotéticamente en el campo de la correlación de obligaciones podría aceptarse la falta de acción, porque tampoco está probado por quien debía hacerlo, el excepcionante, que la Compagnie Génerale des Tabacs faltara al oportuno y completo cumplimiento de sus prestaciones contractuales.

La única forma en que el negocio sobre tabacos podría afectar y condicionar el contrato de préstamo la ofrece la estipulación en que se acordó que una vez notificada la resolución de la compañía de no prorrogar el contrato al final del primer bienio, podía Maldonado, durante el último año imputar al pago de la suma recibida en dólares una parte proporcional del valor de cada venta de tabaco que hiciere a la sociedad previo acuerdo sobre precio. Pero esta circunstancia, que de haber existido solamente daría base para excepcionar por pago total o parcial, no ha sido propuesta en el juicio, en el que aparece, por el contrario, que el demandado acepta la existencia de la deuda completa, ni sobre este particular se enfoca ninguna de las acusaciones de la demanda.

Los razonamientos que preceden sirven para rechazar también, por infundado, el cargo de violación del artículo 1729 del C. C. que el recurrente le imputa al Tribunal por no haber declarado probada la excepción de caso fortuito que hace con-

sistir en la pérdida, por consecuencia de verano de una cosecha de tabaco en el Carmen, que en concepto del recurrente produjo la liberación de su obligación restitutoria de los 250.000 dólares. Fuera de la desvinculación causal con que se presentan estas conclusiones, se observa que la disposición que se cita como infringida contempla la pérdida del cuerpo cierto que se debe y la obligación del mutuario no corresponde a esta especie.

Afirma la demanda que de acuerdo con el texto del contrato Diego Maldonado debía dar en prenda los pagarés y documentos privados y públicos que a su favor otorgaran los negociantes y cosecheros por anticipos de dinero que él les hiciera, pero cediéndoselos a la compañía según la fórmula que se acordó literalmente, y que para su cobro por principal e intereses la sociedad otorgaría mandato a Maldonado. Esto, en concepto del recurrente, desvirtúa completamente el contrato de prenda, y con ocasión de este reparo dice que se violaron los artículos 944 y 951 del C. de Co. No encuentra la Sala fundado este cargo porque la obligación que en estas disposiciones se impone al acreedor prendario que recibe un crédito en prenda fue asumida directamente por Diego Maldonado a través del contrato de mandato que al respecto se celebró. No se ve, por otra parte, la incidencia que esto pudiera tener en la decisión de un litigio edificado sobre la obligación de restitución que nace del contrato principal de mutuo y en el cual no se ejercita la acción real del contrato accesorio de prenda. Se repite que respecto del pago de la prestación demandada no se ha planteado nada en la litis, y que los referidos documentos figuran en los autos insolutos.

IV—En capítulo final y como cargo subsidiario dice el recurrente que el Tribunal quebrantó los artículos 1741 del C. C. y 632 del Judicial como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al aceptar como pruebas "unas certificaciones" acerca de que el señor Dionisio Montecino ejerció como registrador del Circuito de Tamalameque algún tiempo cuando está demostrado que este señor no era registrador legalmente cuando suscribió la inscripción de las escrituras en que se constituyó el derecho real de hipoteca a favor de la Compagnie Génerale des Tabacs.

Se considera.

Al resumir la parte motiva del fallo acusado se recordó que el Tribunal se abstuvo de acceder al pedimento de la demanda de reconvención sobre nulidad de la inscripción de la hipoteca constituída en la escritura pública número 1515 de 10 de septiembre de 1921, de la Notaría 2ª de Barranquilla, con base en el hecho de que quien aparecía haciéndola no era Registrador sino un simple particular porque consideró, previo análisis de las pruebas al respecto, que el hecho no estaba probado y que, por el contrario, certificados expedidos por el Alcalde y el Registrador de Tamalameque daban fe de que para la fecha indicada Dionisio Montecino ejercía con el conocimiento de todos los vecinos las funciones de tal cargo público. El certificado expedido por el Registrador del Circuito, visible al folio 14 del anexo número 3, fechado el 30 de julio de 1930, testimonia fehacientemente que Montecino ejerció el citado cargo y aparece en los archivos firmando todas las notas de registro durante los años de 1920 y 1921, y la certificación de la Alcaldía (folio 10 del mismo anexo) dice que el vecindario de ese Municipio admitió como legalmente designado para el cargo al citado Montecino, quien en realidad lo desempeñó en los prenombrados años.

No hay en la apreciación de estos documentos auténticos ningún error de derecho porque fueron aceptados con el valor demostrativo que les señala la ley; y tampoco es aceptable que al adoptarlos el Tribunal como fuente de su convicción incurriera en error de hecho, porque al frente de la certidumbre que de ellos mana sobre el hecho de ser en verdad Registrador quien suscribió como tal las ins-

cripciones hipotecarias, no resulta de manifiesto y evidentemente, como lo exige la ley reglamentaria del recurso de casación, que Dionisio Montecino no estuviera investido de la calidad de empleado público. Se pretende que esta verdad contraria se demuestre con la certificación de que no aparece que el mentado Montecino fuera nombrado y tomara posesión del cargo y que en esa época quien aparece elegido y posesionado como Registrador es Pedro Mejía. Pero en la situación de hecho equívoca que al respecto se planteó al sentenciador, adoptó la explicación, abonada verosímilmente en los autos, de que Dionisio Montecino fue nombrado Registrador interino y que el acta de su nombramiento y posesión fueron sustraídos de la Alcaldía, lo que dio lugar a una investigación criminal por orden del Juez que sentenció el primer grado de este pleito, como se vio en el lugar correspondiente. Refuerza la verosimilitud de esta especie la forma en que está concebido el certificado a que se alude y que dice: "En lo poco de archivo que queda en esta oficina, no aparece constancia de que Montecino fuera nombrado Registrador y tomara posesión del cargo".

En todo caso, la cuestión se presenta como dudosa, y es bien sabido que donde hay duda no es posible actualizar un error de hecho que presupone una evidencia contraria y manifiesta a la en que se apoya la decisión del Tribunal.

No resulta, por lo demás, impertinente, como consideración final del estudio de este cargo subsidiario, infundado como los otros, la advertencia de que procedería aducir en defensa de la solución del Tribunal la teoría protectora de derechos nacidos al amparo de la buena fe por un error común generalizado en todo el vecindario por un lapso bien dilatado, en que se creyó que Dionisio Montecino tenía la calidad de Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en el Circuito de Tamalameque, como que ejercía públicamente dicho cargo.. La buena fe de los terceros, creada y protegida por el error colectivo, como la continuidad indispensable del servicio público, haría respetable, aun en el caso de que estuviera demostrado que Montecino ejerció de hecho la Registraduría como funcionario aparente, la conclusión que sobre el particular acogió la sentencia acusada.

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 Barranquilla el 12 de febrero de 1941, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE — REMATES VERIFICADOS POR LOS BANCOS PRENDARIOS

Tratándose de bienes muebles, el embargo se confunde propiamente con el depósito o secuestro de ellos, y mientras no se verifique éste puede decirse que no hay embargo. — 2. El tercero de que habla el artículo 18 de la ley 40 de 1907 no puede ser el acreedor prendario, cuyos derechos de acreedor privilegiado no pueden perjudicarse ni desaparecer por la orden de retención que el Juez le comunique. — 3. El artículo 10 de de la ley 117 de 1922 no quedó expresa ni tácitamente derogado por la ley 45 de 1923.

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

El doctor Pedro Sánchez Barriga presentó demanda ordinaria, el 6 de junio de 1935, ante el Juez 3º Civil de este Circuito, contra el Banco Prendario Municipal de Bogotá, en la cual pidió que se declarara:

"Primero. Que es nulo, con nulidad absoluta, el remate verificado por el demandado de las siguientes joyas de propiedad del actor: dos anillos, uno con esmeralda y seis chispas de diamante, y el otro con esmeralda; un par de aros con diamantes pajizos, cogidos por uñas en forma de rosa; un anillo con diamante pajizo, cogido por uñas. Este remate lo efectuó el Banco Prendario Municipal en su sala de remates en el mes de junio de 1931.

"Segundo. Que las joyas determinadas deben ser devueltas al actor, y en subsidio el demandado debe pagarle el valor de tales joyas en dinero efectivo, al precio del avalúo que les dio el mismo Banco en los contratos de préstamo respectivos celebrados con el actor, correspondientes a a los números 25.486, 25.487, y 25.488 de la Serie A, cuyos originales presento.

"Tercero. Que en caso de no ser entregadas las mismas joyas o su valor determinado en los contratos a que se refiere el punto anterior, el demandado debe pagarle al actor no sólo su valor determinado por demandante y demandado en los mismos contratos, sino también el valor de los perjuicios causados con el remate dicho y los cuales estimo en la suma de ocho mil pesos, que era en realidad el valor comercial de tales joyas en la época del remate, o la suma que por peritos se determine".

El 6 de agosto de 1935 Sánchez Barriga cedió el derecho litigioso, o sea el evento incierto de la litis iniciada contra el Banco Prendario Municipal de Bogotá, a la señora Dolores Rodríguez, a quien el Juzgagado reconoció como cesionaria y por lo mismo como parte en el juicio, por auto de 25 de dicho mes. Por ese auto se reconoció también al doctor Sánchez Barriga como apoderado especial de la cesionaria, en virtud del poder que ella le confirió al efecto.

Concluída la actuación de primera instancia se decidió el asunto por sentencia del cuatro de noviembre de mil novecientos treinta y siete, cuya parte resolutiva dice:

"Absuélvese al demandado de todos y cada uno de los cargos que se le formulan en la demanda.

Condénase al demandante en las costas del juicio".

De ese fallo apeló la demandante y agotada la tramitación de segundo grado, el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia fechada el veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta, lo confirmó en todas sus partes, sin hacer condenación en costas.

Estimó el Tribunal que el Banco Prendario Municipal sí podía hacer rematar en un martillo las joyas dadas en prenda, conforme al artículo 10 de la Ley 117 de 1922, y que dichas joyas no se hallaban embargadas o fuera del comercio cuando se remataron, porque no se había hecho el secuestro de ellas en forma legal.

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación la parte demandante, el que pasa a decidirse hoy por hallarse debidamente preparado.

Dice el recurrente que acusa la sentencia por los dos primeros motivos que señala el artículo 520 del C. J., y aunque formula tres cargos separados contra ella, en realidad se reducen a dos, a saber:

a) Violación, por mala interpretación y por aplicación indebida, de los artículos 740, 754, 782, 1494, 1502, 1527, 1740, 1867, 1868, 2238, 2273, 2274, 2277 y 2341 del C. C.; 1º de la Ley 45 de 1923; 2º de la Ley 17 de 1925, y el Decreto número 123 de 1933.

La demanda contiene una exposición tendiente a demostrar en qué conceptos fueron violadas tales disposiciones legales.

b) Errónea apreciación de la prueba, y, como consecuencia, violación de los artículos 279, 593, 597, 598, 632, 1009 y 1013 del C. J.; 1502 y 1503 del C. C.; 1º de la Ley 45 de 1923, y 2º de la Ley 17 de 1925.

Estima el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta ni estimó en su valor legal las pruebas que arrojan el oficio número 268, del 8 de mayo de 1931, dirigido al Gerente del Banco Prendario Municipal de Bogotá, por medio del cual se le comunicó el embargo y la retención de las joyas de Pedro Sánchez Barriga, que se hallaban en poder del Banco; la copia de la contestación dada por el Gerente del Banco al oficio mencionado, de la cual se deduce que las referidas joyas sí estaban en poder del Banco el 27 de mayo de 1931; y las posiciones absueltas por el representante del Banco en los días 9 y 10 de octubre de 1935, que complementan las otras dos pruebas indicadas.

Sostiene, en síntesis, el recurrente que hubo objeto ilícito en el remate de las joyas, porque estaban legalmente embargadas, y que el Banco Prendario Municipal de Bogotá no podía hacerlas rematar en un martil o, porque no tenía esa facultad legal, conforme al artículo 1º de la Ley 45 de 1923 y al 2º de la Ley 17 de 1925, pues no se había dictado aún el Decreto número 2061 de 1931, que concedió a los Bancos Prendarios el derecho consagrado para los demás Bancos por el artículo 102 de la ley 45 de 1923.

Estos son los dos puntos fundamentales sobre que versa el recurso, y a ellos habrá de contraer su estudio la Corte, para lo cual se considera:

Las joyas objeto del pleito fueron dadas en prenda por Sánchez Barriga al Banco Prendario Municipal de Bogotá, para garantizar los préstamos de dinero que éste le hizo, según consta en los contratos marcados con los números 25,486, 25,487 y 25488, de la Serie A, fechados todos el 20 de diciembre de 1930.

El Juez 2º Civil de este Circuito dirigió el 8 de mayo de 1931 el oficio número 268 al Gerente del Banco Prendario Municipal en que le dijo:

"Atentamente comunico a usted que por auto de fecha seis de los corrientes dictado en el juicio ejecutivo seguido por Marcelino Forero Correa contra Pedro Sánchez Barriga, se decretó el embargo y retención de lo siguiente, denunciado por el ejecutante como de propiedad del ejecutado, a saber: Las siguientes joyas que se hallan en poder de ese Banco: Un anillo con diamante de siete kilates; unos aretes con diamantes de siete y medio kilates; una esmeralda, anillo de tres kilates; y una esmeralda, anillo de un kilate. Lo que le comunico para los fines legales

consiguientes. Sírvase acusar recibo e informar al respecto".

El Gerente del Banco contestó el 27 de mayo de 1931:

"De la manera más respetuosa contesto su atenta nota número 268, de 8 de los corrientes, por medio de la cual me comunica usted que en el juicio ejecutivo seguido por Marceliano Forero C. contra Pedro Sánchez Barriga se decretó el embargo y retención de unas joyas denunciadas por el ejecutante como de propiedad del ejecutado, en los siguientes términos:

No es posible al Banco que represento dar cumplimiento a lo determinado en la nota en referencia, en primer lugar porque la descripción que se hace de las joyas embargadas no coincide con la determinación de las que el señor Sánchez Barriga ha dado al Banco en prenda, para garantizarle el pago de sumas de dinero que ha recibido del Banco, y porque, además, sobre las joyas constituídas en prenda el Banco tiene y se reserva todos los derechos que las leyes reconocen al acreedor prendario, y todos aquellos que se desprenden del contrato o contratos respectivos y de los reglamentos del mismo Banco".

Sabido es que tratándose de bienes muebles el embargo se confunde propiamente con el depósito o secuestro de ellos, y que mientras no se verifique éste puede decirse que no hay embargo.

Es verdad que el artículo 18 de la Ley 40 de 1907, vigente en la fecha en que el Juez 2º dirigió al Gerente del Banco la nota antes transcrita, decía que "cuando los bienes mandados secuestrar estén en poder de un tercero, y se le comunique a éste orden de retenerlos, quedará constituído secuestre, con las obligaciones legales", pero el tercero de que habla este artículo no puede ser el acreedor prendario, cuyos derechos de acreedor privilegiado no pueden perjudicarse ni desaparecer por la orden de retención que el Juez le comunique, tanto más en el caso de autos, en que, como ya se vio, el Gerente del Banco contestó la nota del Juzgado diciendo que no podía cumplir la orden porque no había identidad en las joyas y porque el Banco se reservaba, como acreedor prendario, todos los derechos que la ley y los reglamentos de él le daban sobre las joyas dadas por Sánchez Barriga en garantía de los préstamos de dinero que le había hecho.

De otro lado, no hay constancia en este juicio de que el ejecutante, ni el Juez 2º, en vista de la contestación del Banco, hubieran insistido en el embargo de las joyas, estableciendo la identidad de ellas, ni se hubiera realizado el secuestro, en forma legal, de las que estaban en poder del Banco como tal acreedor prendario, ni se hubiera embargado el sobrante del valor del remate verificado para cubrir el monto de las deudas a cargo de Sánchez Barriga. Parece que ambos guardaron silencio al respecto y es forzoso concluír entonces que no quedó hecho legalmente el embargo de las mencionadas joyas.

No hubo, por tanto, objeto ilícito en el remate de las joyas, ni puede aceptarse el cargo formulado contra la sentencia que se analiza, por el aspecto indicado.

Queda por estudiar el punto relativo a la facultad legal que tuviera el Banco demandado para hacer rematar la prenda en un martillo.

El Banco Prendario Municipal de Bogotá se fundó por el Municipio de Bogotá, por escritura número 406, del 26 de febrero de 1923, otorgada en la Notaría primera de este Circuito, y entre sus disposiciones estatutarias se encuentra la siguiente:

"Los plazos de las operaciones de prenda no serán mayores de seis meses, pasados los cuales se procederá a realizar la prenda en un martillo, de conformidad con la autorización conferida a los Bancos Prendarios Municipales por el artículo 10 de la Ley 117 de 1922".

Tal artículo dice:

"El artículo 18 (de la Ley 30 de 1922) quedará así:

Si transcurridos veinte días después de vencido el plazo de una obligación garantizada con prenda, el deudor no la hu-

biere cancelado, podrá el Banco, previo aviso al deudor, hacer rematar la prenda en un martillo, debiendo entregar al prestatario lo que sobre, deducido del producto del remate el capital, intereses y gastos.

Parágrafo. Esta misma facultad se le confiere a los Bancos Prendarios que organicen los Departamentos o Municipios".

La reforma del artículo consistió únicamente en agregarle el PARAGRAFO que queda copiado.

Vino luégo la Ley 45 de 1923, cuyos artículos 1º y 2º definieron lo que se debe entender por **establecimiento bancario** y por **banco comercial**, definición que no comprende los bancos prendarios, acerca de los cuales nada dijo la indicada Ley.

El artículo 102 da la misma Ley reprodujo, para todo esablecimiento bancario a que ella sea aplicable, lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 117 de 1922, sin decir nada respecto del PARAGRAFO que contiene el citado artículo 10, el cual no puede considerarse derogado expresa ni tácitamente. No lo primero, porque no lo dijo la Ley 45, y no lo segundo, porque el mencionado PARAGRAFO en nada se opone a lo dispuesto en la nueva ley.

Se expidió luégo la Ley 17 de 1925, cuyo artículo 1º reza:

"En la definición de **establecimiento bancario** dada por el artículo 1º de la Ley 45 de 1923, no quedarán comprendidos los individuos, corporaciones, sociedades o establecimientos que sólo hagan habitualmente el negocio de efectuar anticipos en forma de préstamos o descuentos sin recibir depósitos".

En este artículo se apoya especialmente el recurrente para sostener que como el Banco Prendario Municipal de Bogotá no puede considerarse como un **establecimiento bancario**, no tenía el derecho de hacer rematar la prenda en un martillo. Pero, como se ha visto, ese derecho se lo concedió el PARAGRAFO del artículo 10 de la Ley 117 de 1922, que se repite, no quedó expresa ni tácitamente derogado por la Ley 45 de 1923.

Por último, dice el recurrente que la prueba evidente de que el Banco Prendario Municipal de Bogotá no tenía el aludido derecho cuando verificó el remate de las joyas, la suministra el hecho de que el gobierno tuvo que expedir el Decreto-Ley número 2061, del 23 de noviembre de 1931, que en su artículo 4º concedió a los Bancos Prendarios Municipales la facultad de que trata el artículo 102 de la Ley 45 de 1923.

Se contesta que el referido Decreto-Ley 2061 es general u orgánico de los Bancos Prendarios Municipales, pues reglamenta todo lo relativo a ellos, por lo cual no podía menos de reproducir la concesión que les había hecho el PARAGRAFO del artículo 10 de la Ley 117 de 1922.

Se desprende de todo lo dicho que no son fundados los cargos formulados por el recurrente contra la sentencia del Tribunal, la cual no violó las disposiciones legales citadas por aquél, ni incurrió en los errores de hecho y de derecho alegados. De consiguiente, no prospera el recurso y no es el caso de infirmarla.

A virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO — NULIDAD Y SIMULACION RESOLUCION

Son muy distintos los factores que integran la nulidad de los que configuran la simulación. Causa u objeto ilícito, vicios del consentimiento, falta de formalidades esenciales en ciertos casos, cuando el contrato es solemne, falta de precio, cuando se trata de una compraventa, determinan la nulidad, ya absoluta, ya relativa. Contrato ostensible, que encubre uno secreto al cual han adherido las partes, constituye en esencia la simulación, que puede ser total o parcial. Cuando desaparecido el contrato aparente surge el real u oculto, tiene éste eficacia en cuanto no esté afectado de nulidad. No deben confundirse la inexistencia o nulidad del contrato de compraventa por falta de precio, con la resolución del contrato por falta de pago. Cuando no hay precio en ese contrato, el acto jurídico que lo condiciona no puede surgir a la vida legal; cuando realmente hay precio, pero no se paga, el acto jurídico tiene toda su validez y entonces por el incumplimiento del comprador surge la acción resolutoria que implícitamente llevan todos los contratos (artículos 1546, C. C.) No pueden resolverse sino los contratos válidamente celebrados. La acción de nulidad no es conducente sino respecto de los contratos que adolezcan de algún vacío que les reste su eficacia legal y jurídica.

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

De la escritura pública 148 de 30 de mayo de 1938 de la Notaría de Chinácota, Rudesinda Portilla v. de Durán aparece vendiendo a Silvino Calderón J., por la suma de $ 1,500.00 moneda corriente, un pequeño lote de terreno ubicado en la fracción de "Iscalá Sur", denominado "La Popa", jurisdicción de Chinácota, y los derechos y acciones que a la vendedora Portilla de Durán le corresponden en la sucesión intestada de su esposo Guillermo Durán, vinculados en el terreno llamado "El Olivo", con su casa de vahareque y teja, ubicado en la fracción mencionada de "Iscalá Sur".

La vendedora Portilla de Durán demandó la nulidad del contrato de venta expresado en la escritura que acaba de citarse, por haber sido inducida a él por artificio y engaño, y por falta de precio, por cuanto, afirma la actora, no hubo realmente precio y es falsa la aseveración contenida al respecto. El artificio y el engaño los hace consistir la demandante en que el comprador la halagó diciéndole que atendería a la subsistencia de la compradora hasta el fin de sus días, que la protegería en su ancianidad ya avanzada y la ampararía en su viudez.

El demandado se opuso a la petición de la demanda y se atuvo a lo que consta en la escritura pública ya citada.

El Juez del Circuito de Chinácota, en sentencia de 3 de octubre de 1939, declaró nulo el contrato y ordenó la restitución de los bienes materia de la venta, condenando además al demandado a pagar a la demandante los frutos civiles producidos

por la finca desde el día de la celebración del contrato.

Apeló de este fallo el apoderado del demandado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona lo revocó en sentencia de 29 de noviembre de 1940.

El apoderado de la demandante recurrió en casación, recurso que pasa hoy a decidirse.

El Tribunal, previo análisis de varias y numerosas pruebas, concluyó que no hubo pago del precio, pero no llegó a la misma conclusión respecto del artificio o engaño de que se hubiera valido el demandado para inducir a la demandante a otorgarle la escritura de venta.

Se expresa así el fallador de Pamplona en el siguiente aparte, que es el fundamental de su fallo: "Se demuestra con estos testimonios que no hubo pago del precio, mas no que el demandado hubiera seducido a la actora. Ni siquiera se puede inferir con alguna certeza que el móvil o causa del contrato hubiera sido la liberalidad, fuera de que ésta es causa suficiente (artículo 1524 del C. Civil), ya que no habiéndose podido establecer el dolo ni pudiéndose presumir (artículo 1516, ibídem) ni habiéndose pedido la resolución por falta de pago, el contrato se ha de tener por relativamente simulado, siendo válida la contraestipulación".

El recurrente acusa la sentencia por violación de los artículos 746 y 1849 del C. Civil, por no haberlos aplicado al caso del pleito, puesto que si por una parte no hubo tradición por falta de voluntad o intención, por la otra ni se pagó el precio ni hubo intención de pagarlo.

La Corte considera: Claramente se ve de la demanda que la acción incoada fue la de nulidad del contrato, por vicios del consentimiento y por falta de precio. El Tribunal de Pamplona creyó que se trataba de una acción de simulación, creencia errónea, por cuanto ésta no ha sido la acción ejercitada. Son muy distintos los factores que integran la nulidad, de los que configuran la simulación. Causa u objeto ilícito, vicios del consentimiento, falta de formalidades esenciales en ciertos casos, cuando el contrato es solemne, falta de precio, cuando se trata de una compraventa, determinan la nulidad ya absoluta, ya relativa. Contrato ostensible, que encubre uno secreto al cual han adherido las partes, constituye en esencia la simulación, que puede ser total o parcial. Cuando desaparecido el contrato aparente, surge el real u oculto, tiene éste eficacia en cuanto no esté afectado de nulidad.

En el caso de autos es la falta de consentimiento, y la falta de precio, lo que se ha invocado como fundamento de la nulidad impetrada, pero en ningún caso las partes se han referido a ninguna contraestipulación, a ningún pacto secreto y no se ve, por lo tanto de dónde puede deducir tal cosa el Tribunal.

No hubo precio, sostiene la actora, y por eso el recurrente invoca el artículo 1849 del C. Civil, para deducir que no existe el contrato de compraventa. Este extremo, falta de precio, lo acepta el Tribunal, después de analizar las pruebas al respecto, pero confundió la inexistencia o nulidad del contrato de compraventa, por falta de precio, con la resolución del contrato por falta de pago. Cuando no hay precio en ese contrato, el acto jurídico que lo condiciona no puede surgir a la vida legal; cuando realmente hay precio, pero no se paga, el acto jurídico tiene toda su validez y entonces por el incumplimiento del comprador, surge la acción resolutoria, que implícitamente llevan todos los contratos (artículo 1546 del C. Civil). No pueden resolverse sino los contratos válidamente celebrados. La acción de nulidad no tiene operancia sino respecto de los contratos que adolezcan de algún vacío que les reste su eficacia legal y jurídica. La demandante no situó su demanda en el extremo de la resolución, que hubiera sido contrario a la petición de su demanda, que es el extremo de la nulidad, por vicios del consentimiento y por falta de precio.

Consideradas así las cosas, la acusación fundada en el artículo 1849 debe prosperar y es entonces lo pertinente estudiar si

está comprobado el hecho de la falta de precio.

La Corte llega a la afirmativa por estas razones: a) El demandado Silvino Calderón dijo al contestar la demanda que se atenía a lo que constaba en la escritura o sea que ha pagado la suma de mil quinientos pesos a la vendedora el día de la venta; en posiciones confesó que le había entregado a la vendedora sólo mil trescientos pesos y que le había quedado debiendo el resto y ante testigos, uno de ellos el Notario ante quien se otorgó la escritura, confesó que el precio de la venta se lo había ido dando a la vendedora desde la muerte de su finado esposo para adelante. Cada vez, pues, que el demandado ha tenido que referirse en el juicio al pago del precio ha variado las modalidades y circunstancias del pago. b) El testigo Rafael Mantilla, Alcalde de Chinácota, declaró en síntesis: Es verdad que me consta que en uno de los primeros días del mes de octubre pasado (1938), y hallándome desempeñando las funciones de Alcalde, requerí en presencia de mi Secretario a Silvino Calderón, para que le entregara unos animales que le reclamaba Rudesinda Portilla de Durán, semovientes que no tuvo inconveniente en restituír, habiéndole manifestado Calderón que para evitar disgustos o contrariedades, puesto que la señora Portilla lo molestaba mucho, lo mejor era que ella hiciera los gastos de escritura y que él inmediatamente le escrituraba la finca, reconociendo que ésta era de propiedad de la Portilla. El Secretario del Alcalde, Luis E. Báez, declaró al mismo tenor. Pedro León Barbosa declaró que la Portilla le manifestó que estaba animada a hacerle a Calderón escritura de sus bienes, porque éste le había prometido ver de ella por el resto de su vida y que el declarante le aconsejó que no hiciera tal cosa, agregándole que si se obstinaba en regalar sus bienes se reservara sobre ellos la tenencia, uso y habitación. Los testigos instrumentales de la escritura en que consta el contrato de compraventa mencionado, Alejandro Aillón y Carlos Torres Durán, declaran que no vieron que el día en que se otorgó ésta Calderón le hubiera pagado el precio de la venta a la Portilla de Durán. José María Camargo, Notario ante quien se corrió la escritura declara que no vio la entrega del precio hecha por el comprador a la vendedora y que como sospechara que no se trataba realmente de contrato de venta interrogó a la presunta vendedora si había recibido el precio y el comprador entonces contestó "que esa plata se la había ido dando él desde la muerte de su finado esposo para acá". c) Está comprobado en autos que el demandado Calderón es jornalero y carece de bienes.

Lo anterior forma una serie de indicios que llevan a la convicción de que no hubo precio, convicción a que llegó también el Tribunal, y de ahí su conclusión al respecto, que no podría en ningún caso variar la Corte porque ese extremo no ha sido atacado en casación y como es obvio no puede ser materia del recurso, observando de paso, que no hubo oposición a éste.

De esto se deduce que realmente no hubo precio en el contrato de compraventa, como lo afirma la actora.

El demandado presentó varios testimonios para establecer lo contrario, pero esos testigos no pueden tenerse en cuenta ni sus dichos tienen ninguna eficacia, porque todos ellos dicen que presenciaron la entrega de mil quinientos pesos a la vendedora, al paso que el mismo Calderón afirma que no hizo esa entrega en la forma a que se refieren los testigos por él presentados.

No hubo, pues, precio, de donde resulta que al tenor de lo dispuesto por el artículo 1849 del C. Civil, el contrato de compraventa a que se refiere la escritura 148 citada, no puede producir ninguna consecuencia legal ni vinculación alguna jurídica.

De la demanda se infiere rectamente que se han alegado dos clases de nulidades, relativa la una, absoluta la otra; la

primera caracterizada por vicios en el consentimiento, la segunda por falta de precio en el contrato de compraventa, por cuanto siendo el precio elemento esencial de ese contrato, la falta de aquél hace imposible que surja ese pacto a la vida jurídica.

Aún considerando que la primera nulidad no estuviera demostrada lo estaría la segunda por las razones ya expresadas. Mas, la Corte llega a la misma conclusión del Juez de primera instancia, quien considerando la ausencia de precio, se decidió por la nulidad, pero también teniendo en cuenta las otras pruebas que obran en autos, estimó que la demandante había sido inducida a firmar la escritura por medio de artificios ejercitados por el demandado, conclusión que también acepta esta Superioridad dados los factores probatorios que existen en el expediente. Más aún, no aceptando ese extremo, habría siempre que casar la sentencia por las razones que se expusieron al estudiar el cargo hecho en casación. Esas pruebas son la avanzada edad de la demandante, su inferioridad mental respecto del demandado, el absoluto abandono en que se encontró a la muerte de su esposo, la promesa de Calderón de sostenerla y ayudarla hasta el fin de sus días y el hecho palmario de que la demandante después de firmado el contrato de compraventa siguió ocupando los predios vendidos y que en la diligencia de inspección ocular practicada por la alcaldía se constató que Calderón manifestó que poseía el fundo del "Olivo" en nombre de la Portilla de Durán y reconoció que ésta tenía derecho a percibir los frutos.

De lo anterior se deduce que no hubo intención de transferir el dominio de lo vendido por parte de la demandante, ni hubo precio, ni hubo entrega material, sino que movida aquélla por los artificios del demandado, otorgó la escritura 148 precitada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida y en su lugar CONFIRMA la de primera instancia dictada por el Juez de Circuito de Chinácota el tres de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

Sin costas.

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

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

OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA

1. Las diligencias a que alude el artículo 4º de la ley 59 de 1909 son: 1º 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 el artículo 32 del C. de Minas; 2ª Pagar el impuesto de la mina, a efecto de poder acompañar a la denuncia el comprobante de dicho pago, según lo dispone el artículo 2º de la ley 14 de 1888; 3ª Obtener copia de la diligencia de aviso y acompañarla al memorial de denuncia, para cumplir el artículo 34 del C. de M.; 4ª Pagar el impuesto de estampillas de timbre nacional, por valor de $ 5.00, que impone el artículo 1º del Decreto ejecutivo número 92 de 1932; 5ª 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 ley 292 de 1875; 6ª Suministrar el papel sellado necesario para la actuación administrativa ante la Gobernación respectiva; 7ª Hacer expedir el cartel y el despacho para la posesión de la mina, dirigidos al respectivo comisionado, para que proceda de conformidad con los artículos 48 y 49 del C. de M. Si la remisión del cartel y el despacho se hiciere por conducto del interesado, deberá entregarlos al comisionado dentro del término de veinte días que señala el artículo 8º de la ley 292 de 1875, y 8ª La adjudicación de la mina con la expedición del título minero. — 2. El artículo 4º de la ley 59 de 1909 vino a llenar el vacío que antes existía en el estatuto minero y que consistía en que se omitió señalar el término preciso para que el denunciante quedara obligado a suministrar el papel sellado necesario para la actuación. Conforme a esa disposición legal tienen el término de un año, contado desde la presentación del denuncio, para la práctica de las diligencias necesarias a adelantar esta clase de gestiones administrativas, hasta la fijación del cartel y ejecución de pregones en la alcaldía comisionada.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Los antecedentes de este negocio pueden resumirse así:

En la Alcaldía de Guachevés, capital del Distrito de Santacruz, el 12 de agosto de 1937, el señor Jorge Yela, "en su propio nombre y en el de los señores Peregrino Córdoba, Alfonso Altamirano, Leonidas López y **otros** que se especificarán en el escrito de denuncio", avisó una mina de antiguo descubrimiento y abandonada por Salvador Morales y otros, denominada El Desquite, situada a orilla de los ríos Telembí y Cruz, en las faldas del cerro Astarón. Esta mina fue denunciada ante el gobernador de Nariño, el 26 de noviembre de 1937, por el doctor Hernando Guerrero, como restaurador. La consideró dividida en veinticuatro acciones distribuídas así: ocho para él; ocho

para el señor Walter A. Lane, y ocho para el señor Jorge Yela.

La gobernación del departamento de Nariño aceptó la denuncia en auto de 1º de febrero de 1938, pero por tratarse de una mina de antiguo descubrimiento ordenó que el escrito de denuncia se publicara en la Gaceta Departamental y dispuso esto: "Treinta días después de dicha publicación se le imprimirá al denuncio la tramitación correspondiente". La publicación se hizo en el número 1753 del referido periódico oficial el 23 de marzo de 1938.

A solicitud del doctor Guerrero, con fecha 5 de diciembre de 1938, la gobernación ordenó el 10 de dicho mes, dar posesión de la mina El Desquite a los interesados y comisionó para ello al alcalde de Santacruz, ordenando librar el cartel y el despacho respectivos. Esto se cumplió el 4 de febrero de 1939.

Pero como el 23 de noviembre de 1938 y ante el mismo alcalde de Santacruz avisó la propia mina el señor Leopoldo Prado, en su nombre y en el del doctor Carlos G. López, y éste la denunció el 19 de diciembre de 1938, la gobernación aceptó la denuncia el 20 de dicho mes.

Esto dio lugar a que el nombrado doctor López se opusiera, el 3 de febrero de 1939, a la posesión que iba a dárseles al doctor Guerrero y a sus compañeros, oposición que formalizó el 6 de marzo del mismo año.

El proceso

En demanda fechada el 6 de marzo de 1939 Carlos G. López formalizó su oposición ante el Juez del Circuito de Túquerres, suplicando como declaraciones principales que la mina nombrada El Desquite había caído en abandono desde el 27 de noviembre de 1938, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º de la ley 59 de 1909, porque el denunciante Guerrero dejó pasar un año sin hacer practicar las diligencias conducentes a darle curso a su denuncio; y que, por consiguiente, los señores Hernando Guerrero, Walter A. Lane y Jorge Yela no tenían derecho a la posesión de tal mina.

En subsidio, suplicó que se tuviera como no presentada la denuncia del doctor Guerrero, por no haber obrado como apoderado o recomendado de los avisantes de la nombrada mina, la que por este motivo estaba desierta o abandonada.

La primera instancia de este juicio la falló el Juez del conocimiento en sentencia de 29 de febrero de 1940, en la cual accedió a las dos peticiones principales del libelo, y en esa virtud declaró que la mina en litigio cayó en abandono el 27 de noviembre de 1938, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º de la ley 59 de 1909; agregando que los denunciantes Guerrero, Lane y Yela carecen de derecho para tomar posesión de ella y para que les sea adjudicada.

Funda el Juez de primera instancia esta decisión en la interpretación restrictiva que hace del precepto legal antes citado y concluye que como las últimas diligencias relativas a la expedición del cartel y el despacho respectivos para la posesión de la mina fueron expedidos y remitidos al comisionado vencido ya el año fijado por el artículo 4º, debía considerarse la mina como desierta y abandonada.

La sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto conoció de la apelación interpuesta por los demandados y en sentencia definitiva de segundo grado, fechada el 6 de febrero de 1941, resolvió revocar el fallo de primera instancia y declarar en su lugar que no era el caso de hacer ni las declaraciones principales ni las subsidiarias pedidas por el actor López. En consecuencia, ordenó que las diligencias sobre posesión de la mina El Desquite debían seguir el curso legal y que el Juez de primera instancia obraría de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Código de Minas.

En este fallo el Tribunal interpreta con un criterio de mayor amplitud el ar-

tículo 4º antes mencionado y concluye que el término de un año fijado por esa norma no estaba vencido cuando se practicaron las diligencias tendientes a obtener la posesión y adjudicación de dicha mina. Fundamenta esta conclusión en los siguientes pasos de su fallo: "En el expediente hay constancia de que sólo el 29 de enero de 1938 pasó el mencionado denuncio a la mesa del Abogado de la sección de Minas y el primero de febrero siguiente se dictó la resolución de admisión; en el número 1757 de la Gaceta Departamental de 23 de marzo de 1938 aparece publicado el documento aludido y el 5 de diciembre del mismo año el doctor Guerrero pidió la expedición del cartel y del despacho respectivos".

"Como se ve, en el lapso comprendido entre el 26 de noviembre de 1937 y el 5 de diciembre de 1938, sí se practicaron las diligencias conducentes al curso del denuncio y eso, aunque no se descontaran los tres meses que él permaneció, sin culpa del doctor Guerrero, en la mesa de la Secretaría de la Sección de Minas, por lo cual estima la Sala que no es del caso declarar el abandono de la mina El Desquite, por parte del demandado doctor Guerrero.

Recurso de casación

Lo interpone la parte demandante contra el anterior fallo del Tribunal y lo acusa por el motivo primero de los consagrados en el artículo 520 del C. J. Formula siete cargos diversos y todos éstos giran más o menos alrededor del argumento matriz de que la mina El Desquite, avisada primero por Jorge Yela y denunciada más tarde por el doctor Hernando Guerrero cayó en abadono, tal como lo determina como sanción el artículo 4º de la ley 59 de 1909, por una parte; y por la otra, que tal denuncia del demandado Guerrero no fue hecha por persona ligada al derecho de descubridor, sino por un extraño que excluyó a la mayoría de los avisantes. Así se resumen estos cargos:

1. Al sostener el sentenciador que con la publicación del denuncio en la Gaceta Departamental se suspenden los efectos del abandono que determina el artículo 4º de la ley 59 de 1909 incurrió en error de derecho, porque supone que una sola diligencia es suficiente para suspender los efectos de abandono que consagra dicha norma.

2. Al aceptar el sentenciador que el denunciante solicitó el 5 de diciembre de 1938, con toda oportunidad, el envío del cartel y despacho incidió en error de hecho manifiesto en cuanto a las constancias del expediente, pues en esa fecha ya estaba vencido el año que señala el artículo 4º antes mencionado. Violó por este motivo tal precepto legal y el artículo 343 del C. de M.

3. Incidió el fallador en error de derecho al no acoger la petición subsidiaria de la demanda, porque Jorge Yela avisó la mina para sí y para otros y la denuncia debía hacerse por todos o por uno solo de los avisantes pero para todos. En oposición a esto, el denuncio lo puso el doctor Guerrero para sí y para Yela y Lane y no habiéndose hecho este denuncio por ningún interesado debió tenerse por no hecho y abandonada la mina. Se violaron, en su sentir, los artículos 6º, 7º, 8º, 12, 30, 32, 33, 40, 117, 118, 346, 347 y 348 del C. de M.

4. Al negar el Tribunal la misma petición subsidiaria de la demanda desconoció que el derecho a la adjudicación de una mina denunciable se genera con el acto del descubrimiento o del registro, que en nuestra legislación se equipara al aviso. Como los descubridores fueron Jorge Yela, Peregrino Córdoba, Alfonso Altamirano y Leonidas López, eran ellos los únicos capacitados para denunciar para sí dicha mina y para verificar la distribución de acciones en el denuncio, y sólo ellos tenían derecho preferente sobre ella. Por haber rechazado esa petición violó por no haberlos aplicado o por interpretarlos erróneamente los artículos 6, 8, 12, 30, 33, 117 y 346 del C. de M.

5. Al aceptar el Tribunal que el denuncio presentado por el demandado doctor Guerrero es admisible, siendo éste ajeno al descubrimiento y habiéndose excluído a los otros avisantes, incurrió en error de hecho manifiesto y de derecho, porque apreció erróneamente tanto el aviso como el denuncio de la mina, violando las disposiciones legales antes citadas.

6. Al suponer el sentenciador que en la expresión "Y OTROS", usada en el aviso de la mina, podían quedar comprendidas las personas a cuyo favor fue denunciada, da por demostrado un hecho que ninguna prueba corrobora y viola los mismos preceptos legales antes citados. El Tribunal sostiene que con la ratificación posterior que hizo Yela se llega a esa conclusión, pero tal ratificación fue hecha ya vencido el año de presentado el denuncio y en ella nada se dijo sobre ese particular.

7. El sentenciador violó los artículos 6, 7 y 346 del C. de M., por cuanto acepta que la denuncia presentada por el demandado doctor Guerrero favorece a quienes en ella se hacen figurar, con exclusión de otras personas que tienen el carácter de descubridores o restauradores de esa mina; sin que existan pruebas de que esas personas hubieran cedido sus derechos a los denunciantes.

Considera la Sala:

a) La cuestión realmente controvertida tanto en las instancias como en casación se reduce en lo fundamental a establecer la interpretación y alcance del artículo 4º de la Ley 59 de 1909, a efecto de determinar su aplicación. Tal norma dice: "Si el denunciante de una mina no hiciera practicar dentro del término de un año después de presentado el denuncio las diligencias conducentes a darle curso a éste, la mina se tendrá por abandonada. Esta disposición comprende las minas que están denunciadas actualmente".

Cuáles son estas diligencias, a efecto de poder saber si han sido practicadas, en el caso de autos, dentro del término del año?

1ª 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 el artículo 32 del Código de Minas.

2ª 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 2º de la Ley 14 de 1888.

3ª Obtener copia de la diligencia de aviso y acompañarla al memorial de denuncia, para cumplir el artículo 34 del C. de M.

4ª Pagar el impuesto de estampillas de timbre nacional, por valor de $ 5.00, que impone el artículo 1º del Decreto ejecutivo 92 de 1932.

5ª 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 Ley 292 de 1875.

6ª Suministrar el papel sellado necesario para la actuación administrativa ante la Gobernación respectiva.

7ª Hacer expedir el cartel y el despacho para la posesión de la mina, dirigidos al respectivo comisionado, para que proceda de conformidad con los artículos 48 y 49 del C. de M. Si la remisión del cartel y despacho se hiciere por conducto del interesado, deberá entregarlos al comisionado dentro del término de veinte días que señala el artículo 8º de la Ley 292 de 1875.

8ª La adjudicación de la mina con la expedición del título minero.

Estima la Sala que en realidad el Código de Minas fija términos cortos y perentorios dentro de los cuales los interesados en una adjudicación minera deben practicar las diligencias necesarias para ello y que antes se han determinado, desde el aviso dado ante el Alcalde hasta la expedición del título por el Gobernador. Pero es indudable que en nuestro Estatuto minero se omitió señalar el término preciso para que el denunciante quedara obligado a suministrar el papel sellado necesario para la actuación y adelantara las gestio-

nes que son indispensables para que el Alcalde comisionado fije el cartel y haga los pregones que deben preceder a la diligencia de posesión. Debido a este vacío procedimental, en muchas ocasiones quedaban estancadas en las Gobernaciones muchas denuncias de minas, con manifiesto perjuicio para el fisco nacional y para el rápido desenvolvimiento de nuestra riqueza minera. Para llenar este vacío se expidió el artículo 4º de la Ley 59 de 1909.

Al tenor de esta interpretación, que se acomoda a la letra y al espíritu del texto legal, los denunciantes de minas gozan del término amplio de un año, contado desde la fecha de presentación del denuncio, para la práctica de las diligencias necesarias a adelantar esta clase de gestiones administrativas, hasta la fijación del cartel y ejecución de pregones en la alcaldía comisionada. Quiso sin duda el legislador darle ese amplio término al minero descubridor o restaurador para que pudiese catear el mineral denunciado antes de hacer los fuertes gastos finales de posesión y expedición del título minero. Porque es de suponerse que si dentro del año fijado en el artículo 4º se practican todas las diligencias antes determinadas, hasta la fijación del cartel, de allí en adelante los interesados quedan obligados a obtener la posesión y la titulación de la mina, como diligencias finales, dentro de los perentorios y fatales términos que para ello señalan las normas legales pertinentes (artículos 56, 57 y 71 del C. de M. y 8º de la Ley 272 de 1875).

De todo lo cual debe concluírse que "las diligencias conducentes a darle curso al denuncio", a que se refiere el artículo 4º de la Ley 59, no son otras que las indispensables para impulsar el trámite administrativo, desde la fecha de presentación del denuncio de la mina hasta la fijación del cartel y la ejecución de los pregones, previo suministro oportuno del papel sellado necesario para esa actuación. Esta misma doctrina fue la sentada por la Sala de Casación al interpretar por primera vez el texto de la Ley 59 antes aludido, cuando en su fallo de 30 de noviembre de 1940, todavía no publicado en la "Gaceta Judicial", dijo: "Este artículo contiene dos partes, que es preciso deslindar debidamente, antes de seguir adelante: la obligación para el denunciante de hacer practicar las diligencias conducentes a darle curso al denuncio, y la fijación del término dentro del cual debe hacerlo".

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

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

"Se alega que puede haber oposición al denuncio de la mina y que pueden presentarse incidentes que no permitan fijar el cartel dentro del año referido. Se contesta que en tal evento el denunciante ha estado cumpliendo con su deber, pues no ha dejado el asunto paralizado o en suspenso, y es indudable que si el negocio ha estado moviéndose y no es posible fijar el cartel por causas ajenas a la voluntad del

interesado, no sería aplicable el artículo que se analiza, o existiría justa causa para pedir la restitución de los términos, conforme al artículo 47 del Código de Minas".

Ahora bien: como el denuncio fue presentado el 26 de noviembre de 1937, desde esa fecha comenzó a correr el término perentorio que para practicar las diligencias conducentes señala el artículo 4º. Dicho término, del cual no deben descontarse los feriados o de vacantes, según lo estatuye expresamente el artículo 62 del Código Político y Municipal, que subrogó el 70 del C. C., venció el 27 de noviembre de 1938. Como fue el 5 de diciembre de dicho año cuando el denunciante Guerrero vino a solicitar que se expidiera el cartel y el despacho al alcalde comisionado, resulta que dejó vencer el plazo fatal fijado por esa norma para adelantar las diligencias conducentes a darle curso al denuncio, desde la presentación del denuncio hasta la fijación del cartel y la ejecución de los pregones inclusive. La consecuencia es que la mina debe considerarse como abandonada por parte del denunciarte y de sus socios.

La demostración de esta omisión por parte de Guerrero impone que deba acogerse el primer cargo formulado en casación e infirmarse la sentencia del Tribunal, que quiso darle a la disposición legal que se comenta una interpretación distinta de la adoptada por esta Corte. Y al entrar a actuar la Sala como Tribunal de instancia, son suficientes las razones expuestas para confirmar la providencia de primer grado, que acogió en su integridad las súplicas principales del libelo.

Fallo:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 6 de febrero de 1941 y en su lugar confirma la de primera instancia, proferida por el Juez del Circuito de Túquerres el 29 de febrero de 1940.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

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

CESION.—CAUSA DE LA DEMANDA.—QUE ACCIONES Y OBLIGACIONES PUEDEN CEDERSE Y CUALES NO.—RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS

1. En tratándose de las disposiciones que integran el Título III de la Constitución Nacional "sobre derechos civiles y garantías sociales", sí es posible que sirvan de base a la casación porque una disposición expresa ha bajado, por decirlo así, tales reglas de la superestructura constitucional a la zona de la simple legalidad y por ese aspecto las normas de tal Título pueden ser materia de violación y dar lugar a la casación. Así está dicho en el artículo 7º de la Ley 153 de 1887, dictado en desarrollo y cumplimiento del artículo 49 de la Carta. 2.—Como lo ha dicho la Corte en otras ocasiones "todo proveído que se dicte cambiando o alterando la causa de la demanda es un proveído sorpresivo". La causa de la demanda no debe variarse, sino armonizar ésta con aquellas normas legales que hayan sido invocadas y que le sean aplicables, a fin de no dictar una resolución sorpresiva. 3.—En principio, y salvo estipulación en contrario o previa aceptación del acreedor, sólo son susceptibles de cesión los derechos activos, v. gr., los créditos personales, la obligación de pagar una suma de dinero, etc. De ahí que contratos bilaterales en que las partes contraen mutuamente obligaciones y prestaciones, no pueden cederse por ninguna de ellas, salvo que el contratante cedente esté autorizado por pacto expreso para hacerla o que habiéndose solicitado el consentimiento del otro contratante deudor éste lo hubiera concedido. 4.— Por un deudor puede pagar cualquiera persona, como agente oficioso, con su consentimiento y aún sin su conocimiento. Tal acto no puede vincular al acreedor con el tercero que soluciona la obligación y no produce otro efecto que extinguirla respecto del primitivo acreedor, dejando en pie una nueva relación jurídica entre el deudor y su oficioso gestor. 5.—En el campo de la teoría los personas jurídicas obran y actúan por intermedio de sus órganos y funcionarios directivos y los actos por éstos celebrados obligan y comprometen su responsabilidad civil. Este postulado teórico es indiscutible y así lo ha venido sosteniendo la Corte en su jurisprudencia. Pero para que en realidad se suceda este fenómeno y la persona moral quede vinculada a dicha responsabilidad por actos u omisiones de sus órganos directivos o de sus funcionarios autorizados es menester, en primer lugar, que tal iniciativa y el acto ejecutado estén plenamente evidenciados como emanados del órgano o funcionario facultados para ejecutarlos.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1. Consta en la escritura pública número 1268 de 1928, Notaría Segunda de esta ciudad, que el doctor Octavio Perdomo era deudor del Banco Agrícola Hipotecario, con garantía de la finca Pubenza, por la suma de cuarenta mil pesos recibida en calidad de mutuo. Para pagarle al Banco convino en que éste parcelara y vendiera en porciones dicha finca.

2. Conforme a la escritura pública número 3084, de 3 de octubre de 1938, de la Notaría Primera de Bogotá, el Banco mencionado es mandatario de Octavio Perdomo S. para parcelar las fincas de **Pubenza**, de su propiedad, y para transferir el dominio de parcelas de dicho terreno a quienes se las compre. De acuerdo con ese mandato, el Banco ha pactado con diversas personas la venta de parcelas, haciendo constar en documentos privados las promesas de ventas y otorgado las escrituras correspondientes, cuando los compradores han cumplido las estipulaciones acordadas.

3. El Banco, por intermedio de su empleado Josué Prada Cárdenas, acordó con Pablo Eliécer Martínez y Pablo Dussán una promesa de contrato para venderles dos lotes de terreno llamados **El Chuzo** y **La Aduanilla**, respectivamente, mediante cuotas sucesivas e intereses del 8 por 100 sobre saldos, estipulándose además la obligación de otorgar la escritura de venta en el momento de consignarse la primera cuota, pero debiendo quedar hipotecada la parcela para garantía del pago del saldo a favor del Banco, de acuerdo con lo acostumbrado por esa entidad.

4. Los compradores Martínez y Dussán cedieron los derechos por ellos adquiridos mediante dicha promesa de contrato al señor Roberto Medina P., y esa cesión se hizo constar al respaldo de los documentos privados de promesa.

5. El Banco recibió de Martínez y Dussán las cantidades de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) y trescientos ochenta pesos ($ 380.00), respectivamente, como cuota inicial del precio de la compraventa y les hizo por medio de su empleado la entrega de los dos lotes. A su vez los cedentes pusieron al cesionario Medina P. en posesión de los lotes, por los linderos respectivos.

6. En las dos parcelas ha hecho Medina P. varias mejoras y dicho demandante alega que la renuencia del Banco a cumplir con la obligación de otorgarle la escritura de venta le ha causado graves perjuicios por la inversión de considerables sumas de dinero sin retribución alguna hasta la fecha.

Juicio ordinario

El señor Roberto Medina P. demanda al Banco Agrícola Hipotecario, sociedad domiciliada en esta ciudad, para que con citación y audiencia de su gerente y mediante los trámites del juicio ordinario se declare:

Primero. Que el Banco demandado está obligado a otorgarle escritura ante un notario de esta ciudad, dentro del término que le señale en que conste que dicha entidad bancaria le transfiere a título de venta, el derecho de dominio de dos parcelas de terreno pertenecientes a la hacienda de **Pubenza** de propiedad del doctor Octavio Perdomo S. y ubicada en jurisdicción del Municipio de Girardot, parcelas cuyo nombre, extensión y linderos determina debidamente.

Segundo. Que en caso de que el Banco demandado no cumpla con la obligación de otorgar la escritura citada en el término que se fije, está obligado a devolverle la cantidad de $ 830.00 que le consignó a la entidad demandada a buena cuenta del precio de los terrenos demarcados y a pagarle todos los perjuicios por tal omisión de acuerdo con el avalúo que se haga dentro del presente juicio, incluyendo en ellos el lucro cesante y el daño emergente y hace en el libelo la descomposición de los $ 830.00 que reclama.

Tercero. Que en caso de que el Banco demandado cumpla dentro del término que se le fije con la obligación de otorgar la escritura que se le exige, está obligado a indemnizarle los perjuicios que se le han causado por el retardo del otorgamiento de la escritura de venta, de acuerdo con el avalúo que de tales perjuicios se haga dentro del juicio, incluyendo en ellos el daño emergente y el lucro cesante.

Cuarto. Que el Banco está obligado a pagarle las costas del juicio en caso de oposición a la acción.

El Banco demandado no contestó la de-

manda que se le corrió en traslado, pero en su alegato de conclusión de primera instancia propuso la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante. El Juzgado del conocimiento, 6º Civil del Circuito de Bogotá, por sentencia de 10 de septiembre de 1940, puso fin al primer grado de este proceso declarando probada la excepción alegada y, por ende, absolviendo al demandado de todos los cargos de la demanda.

Acepta el Juzgado como fundamento jurídico de su fallo absolutorio el que para mayor comprensión del caso que se dilucida en casación, pasa a transcribirse textualmente:

"Según los comprobantes citados por la transferencia de sendas parcelas en la hacienda de **Pubenza** los señores Martínez y Dussán entregaron cuotas iniciales de $ 450.00 y $ 380.00, respectivamente, quedando a deber $ 890.00 y $ 760.00 con un interés al 8 por 100 anual".

"Es decir, no sólo cedieron créditos personales del Banco, para con ellos sino también las obligaciones personales de ellos para con el Banco, que fueron las deudas citadas y las cuotas de seguro e hipoteca que contiene cada proyecto de contrato".

"Debe tenerse de presente que lo que se puede ceder son derechos activos como cierta suma de dinero que una persona le debe a otra, pero no derechos pasivos, que son obligaciones, pues no es aceptable que quien se las ha impuesto encargue a otra persona sin el consentimiento del acreedor que las cumpla porque la importancia del derecho de éste depende de la de su acreedor. De aquí que contratos en que las partes contraen mutuamente obligaciones, que son bilaterales, no pueden cederse por ninguna de ellas, a menos de pacto expreso que autorice la cesión y observando las condiciones a que está sometida, expresa don Fernando Vélez en su libro sobre derecho civil, Tomo 7º, página 323".

"Las obligaciones son cargas que pesan sobre una persona a favor de otra, de las cuales nadie puede desprenderse a su arbitrio. En la cesión de derechos y obligaciones procedentes de un pacto bilateral, habría no sólo una cesión de derechos sino una sustitución de deudor". (Vélez, Tomo citado, página 336).

"Desde luego la cesión es posible cuando por uno de los contratantes se ha cumplido la totalidad de sus obligaciones, respecto al crédito personal del otro contratante, pero en el caso presente no estamos dentro de esta hipótesis, pues los presuntos compradores tenían obligaciones a su cargo como anteriormente se dijo".

"El Banco no participó para nada en la mentada cesión y debía haber consentido expresamente para que ésta fuese válida, por lo cual no produce efecto alguno".

"Debe concluírse entonces que aún partiendo de la base de que los documentos presentados contienen promesas de contrato, Roberto Medina carece de interés para incoar la acción, pues no puede considerarse cesionario de Martínez y Dussán, ni para obtener que el Banco cumpla la obligación de hacer a que dá derecho toda promesa de venta ni para solicitar el reembolso de lo entregado al Banco como cuota inicial con la correspondiente indemnización de perjuicios".

La sentencia acusada

De esa providencia de primer grado apeló únicamente el actor Medina P., y agotado el trámite de segunda instancia le puso fin a ésta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de sentencia fechada el 9 de junio de 1941, en la cual confirmó en todas sus partes la apelada. Comoquiera que en el segundo grado no se solicitó la apertura del juicio a pruebas ni se adujeron nuevos elementos de convicción, el Tribunal estimó que no era el caso de hacer un nuevo estudio de la cuestión litigiosa y se limitó a acoger y reproducir los argumentos y las conclusiones del Juez de primer grado, por estimar unos y otros suficientes para la decisión del caso controvertido.

El recurso

Interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia del Tribunal el apoderado del actor e invoca como única cau-

sal de casación la primera de las consagradas en el artículo 520 del C. J. De esta manera presenta las acusaciones contra la sentencia:

Primer cargo—Violación directa del artículo 161 de la Constitución y del 470 del C. J.

Funda este cargo en que las citadas disposiciones consagran que toda sentencia deberá ser motivada y esto constituye una de las garantías más preciosas que la Carta Fundamental otorga a los colombianos. El Tribunal de Bogotá, en el fallo acusado, siguió precisamente el sistema contrario y se abstuvo deliberadamente de estudiar los argumentos que el actor expuso contra la errada tesis de la ilegitimidad de la personería del demandante, sin exponer, como era de su deber, las razones que tenía para hacer ese acogimiento textual y sin decir por qué las tesis del abogado de Medina no le convencían y por qué Medina carecía del derecho elemental de demandar.

Segundo cargo—Violación de los artículos 23 de la Ley 51 de 1918, 89 de la Ley 153 de 1887, 33 de la Ley 57 de 1887 y 1960 y ss. del C. C.

Al decir del recurrente, al negarse a Medina la personería para demandar se violaron las disposiciones citadas, la primera y las últimas por no haberlas aplicado estando obligado a ello, y la segunda por haberla aplicado indebidamente. Sostiene que el artículo 23 de la Ley 51 de 1918 dio vida en nuestro derecho al fenómeno jurídico de la opción; los artículos 33 de la Ley 57 de 87 y 1960 y ss. del C. C. autorizan la cesión de los derechos personales y establecen los requisitos para que produzcan sus efectos.

En el capítulo primero estudia el recurrente el contrato de opción, que no existía en nuestro derecho antes de 1918. En cambio, el contrato de promesa de venta estaba reconocido desde 1887(y eso prueba que el de opción es un contrato distinto del de promesa, aunque tenga alguna semejanza. Alega que el Banco dio opciones a Martínez y Dussán y para convencerse de esto estima que basta leer la escritura número 3048 y los dos documentos otorgados a dichos señores. Afirma que si en realidad el Banco otorgó verdaderas opciones y esos compromisos lo obligan hacia los optantes o sus cesionarios, al desconocer en el fallo acusado el verdadero carácter del contrato —que no es de promesa de venta sino de opción— violó el Tribunal los contratos mismos tergiversándolos y violó las disposiciones legales citadas al iniciarse este cargo.

En el capítulo segundo sostiene que la cesión hecha fue válida y obliga al Banco, y la tesis del fallo de que la cesión no fue válida se explica por el error cardinal cometido por el Juez de instancia al considerar que se trataba de ventas o de promesas de venta y que por tanto Martínez y Dussán no podían ceder sino derechos, pero no obligaciones. Agrega que aún tratándose de promesas de venta contentivas de obligaciones, puede cederlas sólo que con la aceptación del acreedor y tal aceptación la dio el Banco Agrícola implícitamente desde luego que sus empleados exigieron el seguro de vida para otorgar la escritura y aceptaron el pago del dinero por concepto del seguro.

Agrega que confundir, como lo hizo el Tribunal, la promesa de venta bilateral del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 con la opción o promesa unilateral de venta del artículo 23 de la Ley 51 de 1918 constituye un error que debe ser reparado en casación, ya que Martínez y Dussán tenían dos derechos claros: el de opción para comprar las parcelas y el de arras o buena cuenta pagado al Banco, pero no tenía ninguna obligación personal ni real en el Banco, mientras no decidieran aceptar la promesa y recibir la escritura. En el capítulo tercero sostiene, por último, que la cesión fue notificada al Banco y aceptada por éste.

Estudio de los cargos

1º Las disposiciones de la Constitución, en general, no son susceptibles de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el motivo primero

del artículo 520 del C. J., porque aunque es indudable su naturaleza fundamentalmente sustantiva, tales normas, en su carácter de moldes jurídicos superestructurales, de ley de leyes, según la expresión de Montesquieu, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales que pudiera hacerlas víctimas de quebranto en las sentencias, en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación.

De esto resulta que, por regla general, a la violación de los preceptos y principios de la Carta no puede llegarse sino a través de la violación de disposiciones de la ley, que no pueden entenderse sino como desarrollo de las normas constitucionales.

Así es en doctrina. Pero en tratándose de las disposiciones que integran el Título III de la C. N. "sobre derechos civiles y garantías sociales", sí es posible que sirvan de base a la casación porque una disposición expresa ha bajado, por decirlo así, tales reglas de la superestructura constitucional a la zona de la simple legalidad y por ese aspecto las normas de tal Título pueden ser materia de violación y dar lugar a la casación. Así está dicho en el artículo 7º de la Ley 153 de 1887, dictado en desarrollo y cumplimiento del artículo 49 de la Carta.

Hecha esta previa advertencia de índole meramente doctrinaria, considera la Corte sin fundamento el primer cargo formulado en casación, porque en realidad de verdad el fallo del Tribunal sí contiene en su motivación los argumentos y razones suficientes en que basa el sentenciador su decisión de fondo. Allí se hace presente que en la segunda instancia no se realizó diálogo probatorio, ni se exhibieron nuevos elementos justificativos de las pretensiones del actor; por lo cual y con tal razonamiento concluye el Tribunal que son suficientes y bien fundados los argumentos del Juez de primer grado, los que adopta y reproduce a espacio. Sí hay, por lo tanto, motivación clara y precisa de la decisión judicial y carece de fundamento este primer reparo que se hace a la sentencia acusada.

2º Toda la acusación del recurrente y actor en casación se hace girar en la consideración jurídica de que los juzgadores de instancia se equivocaron al decir y sostener que los dos contratos celebrados por el Banco con Martínez y Dussán son promesas de contrato de compraventas de dos parcelas de la finca de **Pubenza**, pactos éstos que por su carácter de bilaterales originaron obligaciones de pagar periódicas sumas de dinero que dichos señores no podían luégo ceder a Medina sin consentimiento de la susodicha entidad acreedora. Sostiene el recurrente que tales convenciones tienen la condición de pactos unilaterales de opción, regulados por el artículo 23 de la Ley 51 de 1918, a los que no cabe aplicar las disposiciones que reglamentan las promesas bilaterales de venta.

Considera la Sala de Casación:

a) En el cuerpo mismo de los contratos celebrados por el Banco con Martínez y Dussán se puede leer con claridad que lo estipulado es que dicho Banco se comprometió a vender y cada uno de los contratantes a comprar el respectivo lote de terreno, por un precio señalado precisamente en un guarismo, del cual se pagó al Banco una cuota inicial, estipulándose siete años de plazo para completar el pago, mediante cuotas sucesivas, un interés del 8 por 100 anual sobre los saldos y obligación del Banco de otorgar la respectiva escritura pública de venta en el momento mismo en que se le consignara la primera cuota del saldo a su favor, aparte de la cuota inicial.

b) Al enumerar el actor los hechos fundamentales de la acción considera y como tal califica a los contratos celebrados con el Banco como promesas de contrato e insiste en hacer esta calificación en el capítulo de su demanda titulado DERECHO cuando afirma lo siguiente: "Dispone el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 que la promesa de celebrar un contrato produce obligación cuando concurren las circunstancias que siguen: (viene aquí su trans-

cripción). Las dos promesas de contrato a que se refiere la presente demanda tienen plena validez, al tenor de la citada disposición. En efecto, constan por escrito, fueron celebradas por personas legalmente capaces; el consentimiento de los contratantes no adolece de vicio; las promesas recaen sobre objetos lícitos y tienen causa lícita; se estipuló una condición, vale decir, un plazo para la perfección de los respectivos contratos..." (sic).

c) En el alegato de primera instancia presentado por la parte actora y ahora recurrente se hallan estos dos párrafos expresivos de la interpretación que le concedió el actor a dichos pactos: "El artículo 89 de la Ley 153 de 1887 dispone que la **promesa de celebrar un contrato** no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: (aquí se transcriben). Como ya dije, tengo la convicción de que están plenamente probados los hechos básicos de la demanda. En cuánto al derecho, nuestra legislación civil, referente al cumplimiento de las obligaciones y a los efectos de éstas, así como a la validez de las **promesas de contrato**, es de una claridad meridiana..."

d) En el alegato de conclusión de segunda instancia dice la misma parte actora lo que pasa a transcribirse: "Pero se dirá: en tales documentos no se habla de **promesa de compraventa**. Al respecto cabe recordar el artículo 1618 del C. C. que dice: Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras. Y en presencia de los documentos de que se trata, ¿qué otra clase de negocios quisieron celebrar el Banco y los presuntos compradores fuera de una **promesa de venta**? De lo anteriormente dicho se deduce que si el negocio no pudo ser otro que una **promesa de venta**; si se determinaron los terrenos y su precio y si hubo un plazo, es claro que las promesas en cuestión son válidas, de acuerdo con el artículo 89 de la Ley 153 de 1887".

De las citas y transcripciones anteriores deduce la Sala que el actor Medina, como cesionario de los prominentes compradores Martínez y Dussán, al redactar su demanda en este pleito siempre atendió y consideró que los pactos de que pretendía originar su derecho sólo contenían sendas promesas de compraventa de los terrenos denominados **El Chuzo** y **Aduanilla**, de carácter bilateral. De ahí que el mencionado actor fundara principalmente su derecho en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, norma reguladora de esta clase de pactos. De ahí también que en su libelo limitara la acción incoada a exigir el cumplimiento de la obligación de hacer que se desprende de esas convenciones, o sea la de otorgarle el respectivo instrumento escriturario de venta, suplicando luégo como prestación consecuencial la de indemnizarle los perjuicios padecidos por la mora del Banco en satisfacer esa obligación.

Planteada de esa manera la controversia, la demanda no se puede interpretar en el sentido de que el actor suplicó el cumplimiento de contratos unilaterales de opción de venta, que consagra el artículo 23 de la Ley 51 de 1918, porque el libelo está redactado en términos diáfanos en lo que se refiere a la calificación y naturaleza de las convenciones celebradas, y las súplicas presentadas guardan perfecta armonía con esa denominación de promesa bilateral de compraventa dada a los contratos por los juzgadores de instancia. Si alguna duda pudiera quedar en cuanto a esa interpretación, ella quedaría suficientemente desvanecida adoptándose las propias palabras y argumentos expuestos por el actor en sus dos alegaciones de instancia, tendientes ambas a evidenciar que los pactos cuyo cumplimiento se exige reúnen todos los requisitos que consagra el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, regla ésta que trata de las promesas de contrato en general y como consecuencia de los bilaterales de venta.

De manera que obró ajustado a derecho el Tribunal al acoger la tesis anterior y estimar que se estaba en el caso de una promesa de venta. Tal doctrina ya viene sustentada por esta Corte y así la ratificó en su fallo de casación de 27 de

febrero de 1941, cuyos pasos pertinentes son de este tenor:

"Cuando el demandante, de caso pensado, establece una demanda fundando sus aspiraciones judiciales en determinado contrato clasificado en la demanda, en alguna de las categorías que señala y estudia el Código Civil, no le es dado al juzgador cambiar esa causa de la obligación o interpretación en un sentido distinto a lo literal de las palabras, porque diferentes son las prestaciones que se desprenden de cada contrato. No es lo mismo obligarse por comodato que por mutuo, por venta que por donación, por mandato que por agencia oficiosa, por contrato de trabajo, reglamentado por la Ley 10 de 1934, que por arrendamiento de servicios. Cada contrato tiene prestaciones distintas, modalidades específicas y obligaciones diferentes para las partes, y tanto es el interés que tiene la clasificación de los contratos, que la ley civil cuidadosamente los cataloga, los estudia y les señala cosas que son de su esencia y cosas que son de su naturaleza. Este estudio discriminado de cada uno de los contratos está indicando que es fundamental entre las partes, saber qué clase de contrato celebran, para de ahí deducir sus mutuas obligaciones, porque si no fuera así, le bastaría al legislador con definir el contrato generalmente, sin hacer separación de clases, y al fallador encontrar demostrada la existencia de un contrato general, para obligar a las partes a las prestaciones mutuas sin tener en consideración, para el fallo, la clase o el carácter del contrato pactado, procedimiento éste que borraría todas las disposiciones del Código Civil y del Judicial, y traería la anarquía y el desorden en la administración de justicia".

"Todo proveído que se dicte cambiando o alterando la causa de la demanda es un proveído sorpresivo, porque, si como en el presente caso, se demanda por mandato y se cita a juicio al demandado para que se defienda dentro del campo específico del mandato, la decisión que lo condene por contrato de trabajo, como sucede al respecto, es un fallo inaguardado e inusitado, dictado sobre materia que no ha sido discutida en las instancias del juicio, lo que equivale a condenar a una persona sin ser oída ni vencida en juicio, porque se le llamó a responder por mandato y no por contrato de trabajo". (G. J. Tomo L, página 93).

Consecuencia inevitable de lo expuesto es que no es pertinente plantear ante la Corte, tardíamente y en casación, el estudio y decisión judicial de un contrato unilateral de opción. Tal alegación extemporánea constituye un medio nuevo no discutido ni planteado en las instancias, inaceptable por ese motivo en esta clase de recursos, ya que no se trata del examen de una cuestión que se relacione con el orden público.

De nada vale que el actor haya citado en su libelo el precepto legal que consagra y reglamenta el contrato unilateral de opción porque en la relación de los hechos fundamentales que sirven de soporte al derecho invocado se determina la denominación y naturaleza jurídica de la convención y así se ratifica en las alegaciones finales. Bien pudo ser equivocada la cita que de esa norma hizo el demandante, desde luego que no se predica con el contenido y elementos del pacto invocado. Por lo demás, también se citó como fundamento de derecho el texto de la Ley 153 de 1887 (artículo 89), que incorpora a nuestro derecho las promesas de contrato, y lo conducente en estos casos es no variar la causa de la obligación, sino armonizar ésta con aquellas normas legales que hayan sido invocadas y que le sean aplicables, a efecto de no dictar un proveído sorpresivo.

Tampoco resulta valedero el argumento de que no se trata de un medio nuevo porque la declaratoria que en las dos instancias se hizo de la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora impidió que el Juez tocara esa cuestión de fondo y que el actor lo discutiera. Nada impidió que Medina planteara ese aspecto fundamental tanto en la demanda como en sus alegaciones de instancia. Fuera de que el juzgador de primer grado sí

estudió en su fallo esta cuestión sustantiva hasta concluír que los contratos alegados por el actor contienen promesas bilaterales de venta; y esa apreciación básica para la decisión de la controversia no fue discutida ni combatida por Medina en el segundo grado de este juicio.

III

En el Capítulo 2º combate el recurrente la tesis del fallo acusado, de que la cesión que se quiso hacer por Martínez y Dussán a Medina no fue válida y de allí proviene la falta de interés jurídico del cesionario para interponer esta acción y la consiguiente ilegitimidad de la personería sustantiva de dicho actor, reconocida en la sentencia.

Se considera:

En los contratos sobre promesa de venta celebrados por el Banco se estipularon indudablemente prestaciones recíprocas entre los contrayentes, que le aseguran el carácter de bilateral. Por parte del Banco transferir el dominio del fundo mediante el otorgamiento del instrumento respectivo y la entrega material; por parte de los promitentes compradores pagar la cuota inicial y seguir cubriendo dentro de sus respectivos plazos semestrales las cuotas de amortización, durante siete años.

Coincide la Corte con la tesis del sentenciador de que en principio y salvo estipulación en contrario o previa aceptación del acreedor, sólo son susceptibles de cesión los derechos activos, v. gr., los créditos personales, la obligación de pagar una suma de dinero, etc. De ahí que contratos bilaterales en que las partes contraen mutuamente obligaciones y prestaciones, no pueden cederse por ninguna de ellas, salvo que el contratante cedente esté autorizado por pacto expreso para hacerla o que habiéndose solicitado el consentimiento del otro contratante deudor éste lo hubiera concedido.

Y esto es así porque como lo dice un comentarista "las obligaciones son cargas que pesan sobre una persona a favor de otra, de las cuales nadie puede desprenderse a su arbitrio. En la cesión de derechos y obligaciones procedentes de un pacto bilateral, habría no sólo una cesión de derechos sino una sustitución de deudor". (Fernando Vélez, Tomo 7, página 336).

En el hecho de la demanda, marcado con la letra ch), dijo el actor que el Banco se obligó a hacer las escrituras "en el momento mismo en que se consignara la primera cuota del saldo a su favor, aparte de la cuota inicial". Esa misma condición aparece en los contratos del Banco con Martínez y Dussán.

A los autos no se trajo la comprobación de que el actor, como cesionario de tales derechos, hubiera cumplido con esa prestación de pagar la primera cuota inicial, requisito indispensable para constituír al Banco en mora de satisfacer la obligación recíproca de otorgar la escritura de venta. Tampoco aparece que los dos cedentes la hubieran cumplido antes de efectuar la cesión de esos contratos. De manera que, si no existe pacto expreso para verificar la cesión, ni se cumplió por los cedentes la obligación de pagar la cuota inicial, ni hubo aceptación de esas cesiones por parte del Banco, es inatacable la tesis del Tribunal de que éstas no podían producir ningún efecto, por tratarse de pactos bilaterales que originaron prestaciones recíprocas incumplidas.

La notificación y aceptación de la cesión la encuentra demostrada el recurrente con el hecho de que el Banco tuviera en su poder uno de los documentos en que se hizo constar la promesa de venta, con las posiciones absueltas por el Gerente del Banco, con haber recibido de Medina la cuota del seguro de vida y con la circunstancia de haber enviado a la Notaría la minuta para el contrato de venta de El Chuzo.

En cuanto al primer hecho, sólo se ha establecido con el testimonio de Magdalena Fernández, empleada del Banco, que Medina le hizo entrega de dicho documento y ésta le dio el curso acostumbrado, por considerarlo un comprador de la parcela mencionada. Al efecto dice: "Yo le exigí al señor Medina que consignara en la

caja del Banco una suma de dinero por concepto de seguro de vida a fin de poder perfeccionar el contrato de compraventa de que se trata y también le exigí que presentara el ejemplar que tuviera en su poder del documento o comprobante en que constara el negocio pactado con el Banco..... Los papeles que me entregó el señor Medina, si mal no recuerdo, se los entregué al señor Alfonso Chacón..... Según me manifestó el señor Medina y por el papel que me presentó sabía que era el presunto comprador de la parcela de "El Chuzo", pero no sabía que ese negocio fuera aceptado por el Banco".

En lo referente a la confesión de aceptación que el recurrente achaca al Gerente del Banco, es suficiente leer las posiciones rendidas por éste para rectificar tan infundada aseveración. Al contestar el cuestionario pertinente dice: "Es cierto que el absolvente manifestó al doctor Lever que el negocio proyectado con Martínez no podría llevarse a cabo porque había sido iniciado en términos que lo colocaban fuera del mandato del Banco para la parcelación de "Pubenza" y fuera de las condiciones generales de las parcelaciones que sigue esta entidad. Yo como Gerente del Banco nunca ordené que se extendiera escritura pública para formalizar el negocio con el señor Pablo E. Martínez y me negué a firmar la escritura que se me presentó por los motivos que manifesté al absolver la pregunta anterior".

El pago de la cuota del seguro de vida por parte del actor Medina es circunstancia que por sí sola no puede servir de fundamento para establecer la aceptación de las cesiones por parte del Banco, porque bien sabido es que por un deudor puede pagar cualquiera persona, como agente oficioso, con su consentimiento y aun sin su conocimiento. Tal acto no puede vincular al acreedor con el tercero que soluciona la obligación y no produce otro efecto que extinguirla respecto del primitivo acreedor, dejando en pie una nueva relación jurídica entre el deudor y su oficioso gestor.

El envío de la minuta a la Notaría para que se otorgara la escritura de venta de la parcela denominada "El Chuzo" viene a ser un hecho que por las circunstancias como aparece rodeado en los autos no puede constituír en este caso una manifestación tácita de aceptación por parte del Banco. El Gerente de dicha entidad ya viene visto que ha negado haber conocido y autorizado su remisión a la Notaría debido a que se abstuvo de aprobar esa operación. Magdaléna Fernández depone que los papeles que recibió de manos de Medina los entregó al señor Alfonso Chacón y agrega luégo: "no recuerdo quién elaboraría la póliza ni sé quién la remitiría a la Notaría 3ª de esta ciudad". El empleado del Banco Alfonso Chacón no alcanzó a rendir la declaración que le fue solicitada, por razones que no constan en el expediente. José A. Tinoco, jefe de la oficina de parcelaciones del Banco, no fue interrogado sobre esta fundamental cuestión sino sobre otras relativas al plano de la finca. El Notario tercero, doctor Alberto Angulo Azuero, expone que era costumbre que el Banco remitiera las respectivas pólizas a la Notaría y al tenor de ellas se extendían los correspondientes instrumentos, que luégo se enviaban al Banco para la firma. Y Ricardo Vargas G., pasante de la referida Notaría, expresa que la póliza fue recibida por el Banco y traída por él mismo a la Notaría, pero no manifiesta quién fuera el funcionario de la entidad bancaria que le hiciera dicha entrega; y agrega que más tarde fue devuelta dicha escritura, por su conducto, pero sin la firma del Gerente.

De toda la anterior prueba testimonial aparece que no ha podido demostrar qué órgano directivo o funcionario ordenara en el Banco confeccionar y luégo remitir a la Notaría la póliza de compraventa de la parcela "El Chuzo". Lejos de eso, viene evidenciado sin prueba contraria que el Gerente no quiso nunca aprobar esa operación porque a su decir excedía las

condiciones generales de las parcelaciones acostumbradas. El jefe de la oficina de parcelaciones, Tinoco, no fue siquiera interrogado sobre esta importante cuestión. Y la señorita Fernández niega haber redactado y luégo remitido a la Notaría la minuta respectiva. En esas condiciones, no es posible admitir que el otorgamiento de la escritura número 1858, que no fue firmada por el Gerente, pueda constituír un acto oficial y auténtico de esa institución, que obligue su responsabilidad civil hasta el punto de considerarse como una manifestación tácita de su consentimiento para efectuarse la cesión de ese contrato sobre la parcela de "El Chuzo".

Respecto de la otra parcela, "Andalucía", no existe prueba de que se hubiese confeccionado minuta de venta, ni de que ésta se remitiera a la Notaría para servir de base al respectivo instrumento.

Conviene la Corte con el recurrente en que en el campo de la teoría las personas jurídicas obran y actúan por intermedio de sus órganos y funcionarios directivos y los actos por éstos celebrados obligan y comprometen su responsabilidad civil. Este postulado teórico es indiscutible y así lo ha venido sosteniendo esta Sala en su jurisprudencia. Pero para que en realidad se suceda este fenómeno y la persona moral quede vinculada a dicha responsabilidad por actos u omisiones de sus órganos directivos o de sus funcionarios autorizados es menester, en primer lugar, que tal iniciativa y el acto ejecutado estén plenamente evidenciados como emanados del órgano o funcionario facultados para ejecutarlos. Y en el caso de autos no ha podido demostrarse que fuera precisamente un órgano o funcionario autorizado del Banco quien redactara la minuta y luégo la remitiera a la Notaría.

Fuera de lo dicho, es oportuno hacer presente que no se han traído a los autos los Estatutos de la entidad demandada, a efecto de conocer la mecánica de su actividad, la organización interna de cada una de sus dependencias y la nomenclatura de sus empleados u organismos, con sus respectivas funciones. Pero tratándose de una entidad de creación legal, destinada a prestar un servicio social, estima la Corte que esos Estatutos pueden servir de fuente de información sobre esos puntos y al tenerlos a la vista halla que el artículo 26 asigna entre las atribuciones del Gerente, las siguientes:

"5ª Ejecutar y hacer que se ejecuten todas las operaciones en que el Banco haya acordado ocuparse, conformándose a las leyes, a los estatutos y reglamentos del mismo Banco y a las resoluciones de la Junta Directiva.

"6ª Representar al Banco como persona jurídica en todos sus actos y usar de su firma".

Al tenor de lo antes expuesto, forzoso es concluír que la cesión que se pretende de las dos promesas de venta no pudo vincular al Banco, por tratarse de una convención bilateral con obligaciones todavía insolutas, y por no haber sido adoptadas por el Banco de manera explícita o implícita. Se ajusta a derecho la decisión del Tribunal al estimar demostrada la ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, en su carácter de cesionario de Martínez y Dussán. Se rechaza el cargo.

Fallo

Por todo lo anteriormente dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 9 de junio de 1941, que ha sido materia de la casación.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la "Gaceta Judicial" y devuélvase 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 RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO

No equivale a renuncia de la acción resolutoria del contrato de venta la circunstancia de haberse pactado que el vendedor se reserva sus derechos para el cobro de los saldos, no obstante la estipulación de intereses. La estipulación de intereses por la mora en el pago del precio de la cosa vendida, no equivale a una renuncia tácita de la acción resolutoria. Y, como lo dice el comentador Barros Errázuriz, el vendedor puede exigir el precio o la resolución de la venta, y no sólo puede optar por uno u otro camino, sino que puede ensayar primero uno y después abandonarlo y seguir el otro. Así, el vendedor puede perseguir primero el pago del precio, y si no logra pagarse íntegramente, puede abandonar ese procedimiento y acogerse a la acción resolutoria. Ninguna disposición legal le prohibe proceder en esa forma.

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

(Magistrado ponente: Dr. Isaías Cepeda)

Por escritura número 117, de 6 de Febrero de 1937, otorgada en la Notaría segunda de Bucaramanga, el Dr. Agustín Espinel B. vendió al Dr. Luis García Prada una casa situada en Málaga, determinada como en esa escritura se indica, por el precio de $ 3.300, de los cuales el vendedor declaró haber recibido $ 400 y se estipuló que los $ 2.900 restantes los pagaría el comprador en Málaga, así: $1.200 el 20 de Julio de 1937, y $ 1.700 el 1º de Enero de 1938.

El comprador no pagó oportunamente los dos contados referidos. Algún tiempo después de vencidos los plazos correspondientes hizo abonos de consideración y quedó debiendo un saldo de capital.

El 26 de Diciembre de 1938 murió el Dr. Espinel, sin que el Dr. García Prada, hubiera cancelado el saldo pendiente de su obligación.

El 22 de Marzo de 1939 la señora Delia Castellanos de Espinel, viuda del Dr. Agustín Espinel B. en su propio nombre y como representante legal de varios hijos legítimos menores de edad, y los señores Adela y Cirio Alberto Espinel Castellanos, también en sus propios nombres y todos en su carácter de representantes de la sucesión del citado Dr. Espinel B., presentaron, por medio de apoderado, demanda ordinaria ante el Juez Civil del Circuito de Málaga contra el Dr. Luis García Prada, en el cual pidieron que se declarara:

a) Resuelto, por falta de pago del precio, el contrato de compraventa celebrado por medio de la expresada escritura número 117, del 6 de Febrero de 1937; b) Que el demandado debía pagar los cánones mensuales de arrendamiento devengados por la casa desde la fecha del contrato hasta el día de la entrega; c) Que debía pagar los perjuicios que sufrió el vendedor por el no pago oportuno del precio de la finca; d) Que se ordenara la cancelación del instrumento de venta y de su registro; e) Que se ordenara la entrega de la finca de los demandantes; y f) Que se condenara al demandado al pago de las costas del juicio.

Admitida la demanda, el demandado la contestó oponiéndose a las solicitudes impetradas. Dijo que no sólo había pagado todo el precio de la finca sino $ 56 más, que le debían ser restituídos, y que no era

responsable de la demora. Propuso, además, las excepciones de petición de modo indebido y de falta de derecho para pedir.

Tramitado el juicio, el Juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia con el fallo de catorce de Noviembre de mil novecientos treinta y nueve, absolviendo al demandado de todos los cargos de la demanda, sin hacer condenación en costas.

El Juzgado estimó que para el 2 de Noviembre de 1938, fecha del última abono, el demandado quedó debiendo únicamente un saldo de capital de $ 335.65, el cual devengó intereses por valor de $ 15.75 hasta la feha de la demanda, o sea que en esa fecha sólo debía el comprador, en total $ 351.38, y consideró que el vendedor doctor Espinel B. renunció tácitamente a la acción resolutoria desde que recibió abonos a capital despues de vencidos los plazos estipulados para el pago. Fundado en eso y en que según él existen razones superiores de equidad y de moraliad, de acuerdo con las cuales "el Juez no debe ceñirse rígidamente a la letra de la ley, sino que debe consultar los intereses de ambas partes a fin de determinar lo que es oportuno, equitativo y justo", pronunció el fallo absolutorio.

De éste apeló el señor apoderado de los demandantes y llegado el negocio al Tribunal Superior del Distrito Julicial de Bucaramanga y agotada allí la tramitación de segundo grado, esa entidad profirió la sentencia de fecha tres de Diciembre de mil novecientos cuarenta, cuya parte resolutiva dice:

"PRIMERO. - Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el demandado.

"SEGUNDO. - Declárase resuelto el contrato de campraventa contenido en la escritura número ciento diez y siete (117), de seis (6) de febrero de mil novecientos treinta y siete (1937), de la Notaría Segunda del Circuito de Bucaramanga, por medio de la cual le vendió el doctor Agustín Espinel una casa ubicada en la ciudad de Málaga al doctor Luis García Prada, cuyos linderos constan en esa escritura.

"TERCERO. - García Prada está obligado a restituír la citada casa, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, y además los frutos naturales y civiles producidos o que hubieran podido producirse con mediana inteligencia y actividad, pero en la proporción que corresponda a la parte del precio que quedó debiendo, tomándose en consideración los varios pagos que en esta sentencia se admiten como probados.

"CUARTO. - García Prada está obligado a pagar a los demandantes los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, según la estimación que de ellos se haga al cumplir esta sentencia, y como manda el artículo 553 del código de procedimiento civil.

"QUINTO. - Declárase sin valor ni efectos la citada escritura número ciento diez y siete, en todas sus partes, y en consecuencia se decreta la cancelación de los registros respectivos, para lo cual dará el Juzgado los avisos pertinentes al Notario y al Registrador.

"SEXTO. - Previas las deducciones a que haya lugar por razón de frutos y deterioros, al comprador García Prada le será restituído el precio pagado, en el momento mismo en que se entregue la finca, y además el valor de las expensas y mejoras a que pueda tener derecho. Para los recíprocos abonos de expensas y deterioros, García Prada se considera como poseedor de mala fe.

"No hay lugar a especial condenación en costas a cargo del demandado, en ninguna de las instancias".

El Tribunal, en desacuerdo con el Juzgado, fijó en $ 404.63 el saldo pendiente a cargo del Dr. García Prada, en 2 de Noviembre de 1938, saldo que devenga intereses de esa fecha en adelante, y estimó que el Dr. Espinel no renunció expresa ni tácitamente a la acción resolutoria, la cual no se enerva por admitir el vendedor abonos parciales después de vencidos los plazos convenidos para el pago total del precio del contrato.

EL RECURSO

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el demandado, que fue admitido y fundado oportunamente, recurso que por hallarse debidamente preparado se pasa a decidirse hoy.

Dos causales de casación alega el recurrente, a saber:

"PRIMERA: Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea, y por haber incurrido el Tribunal en errores de derecho y errores de hecho en la apreciación de las pruebas, que aparecen de manifiesto en los autos.

"SEGUNDA: No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandado".

La primera causal la divide el recurrente en nueve cargos (denominados por él **motivos,** con evidente error de técnica, porque lo mismo son causales que **motivos,** según el artículo 520 del C. J., conforme al cual sólo existen siete motivos de casación), y a través de ellos considera que la sentencia acusada violó los artículos 15, 1540, 1542, 1545, 1546, 1600, 1617, 1618, 1620, 1622, 1624, 1752, a 1756, 1930 y 1932 del C. C.

Examinando los razonamientos del recurrente, puede decirse que ellos están resumidos en los dos párrafos que a continuación se transcriben:

"El Tribunal violó por interpretación errónea y por indebida aplicación al caso del pleito, los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, por cuanto le dio un alcance distinto a su contenido jurídico, al sentar la tesis de que la acción resolutoria puede impetrarse no obstante haberse renunciado a ella expresamente en el contrato y tácitamente en la ejecución del mismo, por una parte, y por otra porque el Tribunal estimó que el recibo de parte del precio, después de vencidos los plazos estipulados para el pago, no enerva dicha acción".

"Está plenamente probado en autos que el vendedor doctor Espinel B. no solamente estipuló expresamente que se reservaba la acción de cobrar los saldos del precio, renunciando así la acción resolutoria, sino que con posterioridad al vencimiento de los plazos estipulados para el pago hizo gestiones encaminadas al cumplimiento del contrato, recibiendo contados del saldo pendiente, con los intereses respetivos, que cubrieron casi en su totalidad el capital y que, junto con los intereses, excedieron al precio convenido".

Concretando aun más lo dicho por el recurrente, la acusación se basa en estos dos puntos fundamentales:

a) Que el doctor Espinel B. renunció expresamente la acción resolutoria, desde que en la escritura de contrato se estipularon intereses de mora para el caso de que el comprador no pagara puntualmente los contados convenidos, y porque en dicha escritura se dijo: "Sin perjuicio de las accciones legales del acreedor, **para cobrar las sumas de tales saldos**"; y

b) Que el doctor Epinel B. renunció tácitamente también la acción resolutoria, desde que hizo gestiones tendientes a obtener el pago de los saldos debidos por el comprador, después de vencidos los plazos convenidos y recibió abonos parciales imputables a dichos saldos.

La incongruencia alegada como segunda causal la fundamenta el recurrente así:

"El demandado doctor García Prada propuso al contestar la demanda las excepciones perentorias de 'PETICION DE MODO INDEBIDO' y 'FALTA DE DERECHO PARA PEDIR'. El Tribunal no falló sobre las excepciones, arguyendo que el excepcionante no había expresado el fundamento de aquéllas, es decir, pretextando oscuridad en la defensa, siendo así que ambas se enderezan a impugnar la acción, o sea la inexistencia del derecho para intentarla, por no tener personería sustantiva la parte demandante, por una parte, y no ser procedente la acción incoada, por la otra.

"Como puede verse, la demanda se intentó por los demandantes en su condición de representantes de la sucesión del doctor Agustín Espinel y para la misma sucesión. La carencia de personería es manifiesta,

pues perteneciendo la finca materia del contrato a la sociedad conyugal habida entre el doctor Espinel y su esposa, y no al patrimonio exclusivo de aquél, es claro, de claridad meridiana, que la demanda no podía intentarse a nombre de la sucesión y para ésta, sino para dicha sociedad".

La Corte considera:

Siguiendo el orden lógico preconizado por el artículo 537 del C. J., se estudiará primero la segunda causal.

Contra lo que dice el recurrente, el Tribunal sí tuvo en cuenta las excepciones propuestas, y decidió sobre ellas.

En efecto al referirse a la contestación del demandado, dice la sentencia que opuso las excepciones de petición de modo indebido y falta de dereho para pedir", y después agrega:

"'Resta advertir que el demandado opuso la excepción de petición de modo indebido, sin decir en qué la fundaba. Talvez quiso decir que los demandantes no tenían acción sino para cobrar el saldo del precio y que al pedir otra cosa pidieron de modo indebido; pero si en esto se funda la excepción, ya queda refutada al estudiar la procedencia aquí de la acción resolutoria. El Tribunal no encuentra en qué otra cosa pueda fundarse esta excepción".

Y atrás se vio que la parte resolutoria dijo:

"Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el demandado".

En ninguna parte del juicio, ante el recurso de casación, se afirmó que las excepciones propuestas se fundaban en que la acción no se había iniciado a nombre de la sociedad conyugal formada por el doctor Agustín Espinel B. y la señora Delia Castellanos de Espinel y para esa sociedad, ni se alegó que había ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante. Ese extremo no fue, pues, materia del debate y por lo mismo no puede ahora incidir en casación. De consiguiente, se rechaza el cargo.

En lo tocante a la primera causal, la Corte encuentra acertados y jurídicos los razonamientos expuestos por el Tribunal en los párrafos de la sentencia acusada que a continuación se transcriben:

"El comprador García Prada se puso en mora de pagar el precio desde el 20 de julio de 1937, porque no pagó el contado que en esa fecha debió pagar; e incurrió de nuevo en mora el 10 de enero ,de 1938 porque tampoco pagó el contado señalado para ese día. Desde la primera demora nació para el doctor Espinel, vendedor, la acción resolutoria, porque él cumplió debida y oportunamente con la obligación de entregar la casa vendida, y porque además se trasladó a Málaga a recibir el precio, y acreditó mandatarios en ella con poderes suficientes para recibir. Muerto el acreedor sin haber renunciado al ejercicio de esa acción, podía ella ser iniciada por sus herederos en beneficio de la herencia, como lo han hecho en el presente pleito.

"Para el Tribunal es obvio que no hubo renuncia de la acción resolutoria en el contrato de venta, como lo alega el demandado. La frase aquella de que el vendedor se reserva sus derechos **para el cobro de los saldos,** no obstante la estipulación de intereses, no es jamás una renuncia expresada de la acción resolutoria sino una consagración expresa de la acción para el cobro judicial de lo debido. Lo expresado tiene que ser claro, preciso, nítido, que no deje dudas ni envuelva reticencias; y mientras la renuncia de un derecho no conste evidentemente, debe entenderse y presumirse que el derecho se conserva. El mismo Dr. Espinel, muy distinguido jurista, entendió que no había renunciado a la acció resolutoria en el contrato, puesto que hallándose en Málaga en 1938 y ante la renuncia del comprador a pagar, alcanzó a iniciar gestiones para ejercitarla, según se vio en los hechos demostrados.

"Ni hubo tampoco renuncia tácita, por que no la constituyen la estipulación de intereses por la mora ni el recibo inoportuno y parcial de pagos. Es cierto que el vendedor dirigió todo su esfuerzo a conseguir el pago del precio, y le dió al deudor todo género de facilidades para hacerlo, y le recibió los pagos cuando se los quiso hacer, sin haber vuelto a intentar mientras

vivió el ejercicio de la acción resolutoria. Pero no ejercer un derecho no es renunciarlo. Y además, es natural que el vendedor procure antes que todo el pago del precio, puesto que para eso vende; sin que sea lícito entender que su deseo reiterado y persistente de cobrar hasta el último centavo implique renuncia al derecho de destruír el contrato, **en caso de que no se le acabe de pagar,** como lo dice la Corte en su fallo de 1907".

Para la Corte es incuestionable que en el caso de estudio el Dr. Espinel no renunció expresa ni tácitamente la acción resolutoria, y, por lo demás, la doctrina contenida en los párrrafos que acaban de copiarse es la que esta Sala ha sostenido en multitud de sentencias, y la misma que expresan los diversos comentadores del Código Civil. Entre ellos, por ser muy claro y preciso puede citarse a Barros Errázuriz, quien dice al respecto:

" Si el comprador estuviere constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.

"Hemos visto que el vendedor hace entrega de la cosa al comprador, antes que se le pague el precio. De esta manera corre un riesgo grave de quedar burlado; y para ampararlo, la ley le concede una doble acción, para exigir ya el pago del precio, ya la resolución de la venta, según viere convenirle, y en ambos casos la indemnización de perjuicios.

"No sólo puede optar por uno u otro camino, sino que puede ensayar primero uno y después abandonarlo y seguir el otro. Así, el vendedor puede conseguir primero el pago del precio, y si no logra pagarse íntegramente, puede abandonar ese procedimiento y acogerse a la acción resolutoria. Ninguna disposición legal le prohibe proceder en esa forma". (Curso de Derecho Civil. Volumen III. Págs. 160 y 161. Cuarta Edición).

Sostiene también el recurrente que el Tribunal ha debido tener en cuenta, para aplicarlos, los artículos 1752 a 1756 del C. C. Pero tales artículos, que se refieren a la ratificación expresa o tácita, necesaria para sanear un contrato afectado de nulidad relativa, no puede tener aplicación en el presente caso.

Tampoco es aplicable el artículo 1545, que reglamenta los contratos celebrados bajo condición resolutoria expresa. El Trinal aplicó bien el 1932, que es especial para el caso controvertido.

Es suficiente lo dicho para concluír que no son fundados los cargos que se analizan, por lo cual no prospera el recurso de casación y no ha de infirmarse la sentencia acusada.

A virtud de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga con fecha tres de Diciembre de mil novecientos cuarenta.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

José Miguel Arango. — Isaías Cepeda. — Liborio Escallón. — Ricardo Hinestrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez. Hernán Salamanca.

Pedro León Rincón Srio. en Ppd.

RECURSO DE REVISION DE UNA SENTENCIA.—ALCANCE JURIDICO DEL REGISTRO DE LIBROS EN LAS CAMARAS DE COMERCIO

1.—El registro de libros en las Cámaras de Comercio, encaminado a precisos fines legales, no puede tener el alcance que, por ejemplo, tiene el de los instrumentos públicos en sus libros correspondientes, al tenor del artículo 2637 del C. C. Esta inscripción resguarda y previene a los terceros y, capacitándolos así para estar al tanto de lo pertinente en lo que les concierna, deja a su cargo sus inadvertencias, imprevisiones y descuidos. 2.—Como antecedente inmediato de lo que hoy rige entre nosotros sobre revisión de sentencias, se halla la Ley 105 de 1890 que fijó sus casos en el artículo 396 y los reglamentó en los siguientes al 409. Esos casos son los mismos del artículo 542, del C. J. actual, con redacción igual, salvo, en lo tocante a los dos casos, 1º y 4º, tratados aquí, que el último, que es el que habla de sentencia obtenida injustamente, en vez de terminar con la palabra fraude, termina diciendo "cohecho, violencia u otra *maquinación fraudulenta*". Puede decirse que prácticamente entre nosotros no ha prosperado este recurso. Es visible la severidad de la ley hasta en la redacción de cada una de las ceñidas y reducidas causales con que lo autoriza. Tan estrecho el campo y rígida la exigencia sobre pruebas y circunstancias, natural es la frecuencia de aquel resultado. Y es que el legislador no ha podido menos de proceder con cautela máxima, estando de por medio algo de tanto predicamento para la vida de los negocios y el orden social como la cosa juzgada es y se ha considerado siempre. El art. 473 al dar ésta fuerza a la sentencia firme y hacer la advertencia que él contiene, deja a salvo a este respecto el recurso de revisión, sobre el cual aduce el expositor Chiovenda las frases conceptuosas que cita la sentencia de revisión.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Con poder de los señores Antonio y Carlos Pinzón H. y de la señora María Pinzón de Gómez, el Dr. Eduardo Zuleta Angel demanda la revisión de la sentecia dictada en el juicio ordinario de que se hablará en seguida, su invalidación y su reemplazo por una absolutoria, "con citación y audiencia de la Empresa Eléctrica de Manizales, representada por su liquidador el Dr. José Domingo Vélez, y previo el traslado ordenado por el Art. 545 del C. J. a los señores Camilo Uribe, Abel Mejía, Alberto Pinzón Hoyos, Sofía Pinzón de Zuluaga, Amelia Pinzón de Toro, Emma Pinzón de Arango y Cecilia Pinzón de Camargo".

El Sr. Jesús María Tobón como Gerente de la Empresa Eléctrica de Manizales la vendió a los Srs. Carlos E. Pinzón, Camilo Uribe y Abel Mejía en escritura número 1001, otorgada ante el Notario 1º de Bogotá el 6 de Mayo de 1925, por precio pagadero en los contados y fechas que ese instrumento indica; y el mismo Tobón en aquella calidad, después de obtener el embargo y secuestros preventivos de los bienes respectivos, demandó en vía ordinaria la resolución de esa compraventa invocando como fundamento la falta de ese pago total y señaló como demandados

a los compradores Uribe y Mejía en persona y al otro comprador, Sr. Pinzón, en la de sus herederos que son los prenombrados Antonio, Carlos, Alberto, María, Sofía, Amelia, Emma y Cecilia Pinzón Hoyos, éstas respectivamente señoras de Gómez, de Zuluaga, de Toro, de Arango y de Camargo, hijos del matrimonio de don Carlos con la señora Adelina Hoyos, muerta también.

El Juzgado 3º Civil del Circuíto de Bogotá, donde cursó ese juicio en la primera instancia, la decidió absolviendo a los demandados por consideraciones no de fondo sino atañaderas a la personería, en sentencia de 27 de Junio de 1939 de que la parte demandante apeló. El Tribunal Superior de Bogotá cerró la segunda instancia en la sentencia de 10 de Julio de 1940 revocando la apelada y declarando resuelta la compraventa referida y haciendo las condenaciones consiguientes. El recurso de casación interpuesto contra ella, lo decidió la Corte el 17 de Junio de 1941 modificando lo decretado sobre restitución de frutos y manteniendo la vigencia de la sentencia recurrida, la que, como se vé, casó parcialmente.

Contra estos fallos se ejercita hoy el recurso establecido por el C. J. en su Art. 542, que dice: "Puede revisarse una sentencia ejecutoriada proferida por la Corte Suprema o por un Tribunal Superior, en los casos siguientes: 1º Si después de pronunciada se recobran piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida... 4º Si la sentencia se dictó injustamente, por cohecho, violencia o fraude".

Estos dos motivos son los invocados aquí por el demandante, quien razona en suma en esta forma: la resolución de la compraventa en referencia se demandó y se declaró por el motivo único de no haber pagado los compradores el precio total, y la Empresa demandante, al propio tiempo que negaba ese pago enfáticamente a todo lo largo del pleito, lo confesaba en Asamblea General de Accionistas; de manera que a esta conducta de doblez y fraude y al hecho de no poner a los demandados en capacidad de aducir la prueba de esa confesión, esto es, de ese pago, se debió el fallo contra el cual ahora se recurre.

El apoderado demandante desde su demanda y detenidamente al alegar llama la atención a la circunstancia de no haber precisado la demanda del juicio ordinario sobre resolución de la compraventa cuál fuese la cantidad dejada de pagar y haberse limitado a afirmar indefinidamente la falta del pago completo; llama la atención también hacia la circunstancia de que el Gerente y demandante Tobón conocía a Don Carlos E. Pinzón y sabía que era el alma y gestor de ese contrato, que confiaba en su sola memoria para sus cuentas, así como exageradamente en la buena fe de los demás, que era persona de múltiples y complicados negocios y que, atacado por súbita enfermedad, hubo de ausentarse precipitadamente del país, al que no regresó, y que a su muerte, sus hijos por su corta edad y por no haberlo acompañado en sus actividades, no pudieron ponerse al frente de sus negocios, a que se agregó la zozobra de los acreedores, para que las cuentas no se arreglaran y se dispersaran los papeles. De estos detalles, acerca de los cuales adujo en el término probatorio el dicho uniforme de varios testigos, deduce el demandante que Tobón incoó y sostuvo aquel pleito de mala fe, a sabiendas del pago total que negaba y esperanzado en que a favor de aquellas circunstancias, los demandados no pudiesen comprobarlo.

A la demanda de ahora se acompañó como pieza decisiva, comprobante de la aludida confesión, el certificado que por su trascendencia pasa aquí a trascribirse. Forma los folios 2 y 3 del cuaderno principal y dice:

"Los suscritos Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Manizales, CERTIFICAN: Que en el libro de registro de extractos sociales número 7 que custodia esta Corporación, se hallan las siguientes inscripciones: Primero: "Número 540.—Manizales, 15 de julio de 1939. Hoy fue presentada para su registro la siguiente acta: "Acta de la Asam-

blea de la Empresa Eléctrica de Manizales. En la ciudad de Manizales, a quince de Julio de mil novecientos treinta y nueve, fecha fijada por los estatutos para la reunión de la Asamblea General de Accionistas de la "EMPRESA ELECTRICA", sociedad anónima constituída por la escritura número 239 de 14 de Marzo de 1913, pasada ante el Notario 1º de este Circuíto, según el art. 19 de los estatutos, y con la concurrencia de 1025 acciones en título al portador, se procedió a designar y así se hizo, al señor Antonio Hoyos, para presidir la sesión, quien la declaró abierta habiendo manifestado que esta Asamblea ordinaria debe nombrar Gerente de la localidad y propuso: Nómbrase Gerente de la Empresa Eléctrica de Manizales al Sr. Gerardo Jiménez. Esta proposición fue aprobada por unanimidad. El socio delegado Jiménez Tobón manifestó lo siguiente: La Trilladora "La Oriental", su manga, la planta pequeña de Olivares con su terreno etc. fueron vendidos a los señores Mariano y Miguel Mejía, por escritura número 919 de fecha 6 de Mayo de 1924, en la cantidad de $ 43.000.00 y así mismo fue vendida lo planta de luz eléctrica con sus terrenos y dependencias situada en el paraje denominado "La Tolda", en el río Olivares, a los señores Carlos E. Pinzón y otros, según escritura número 1001, de fecha 25 (sic) de mayo de 1925, en $ 35.000.00. Según actas anteriores, con estos dineros el señor Jesús María Tobón Gerente quien vendió los bienes de la sociedad, compró para ella con esos mismos dineros una finca denominada "El Pital" en jurisdicción de Coello, del Departamento del Tolima; una casa en la carrera 13 número 19-59 de Bogotá; edificó cuatro casas y compró un lote en la calle 26 de Bogotá, también; pero quedaron en cabeza de él, y se tienen noticias de que en un juicio o juicios de la esposa han sido embargados esos bienes. Es urgente proceder en la forma legal a reclamar, o el pago de los dineros con sus correspondientes intereses,o el reclamo de dichos bienes, y, como consecuencia, el Gerente debe proceder a intervenir en aquellos juicios si fuere el caso. El expresado Antonio Hoyos H. obra como delegado del mismo señor Jesús María Tobón. Actuó como Secretario ad hoc el señor Francisco Duque T....Antonio Hoyos H., Gerardo Jiménez. — Francisco Duque T.... Cámara de Comercio, Luciano Durán, Presidente. — Cámara de Comercio, Luis Jaramillo J., Secretario"... Dado en Manizales a veintinueve de Julio de mil novecientos cuarenta y uno. — Cámara de Comercio — Luciano Durán — Presidente. — Cámara de Comercio — Luís Jaramillo J. — Secretario".

En la mira de corroborar la confesión del pago total por la Empresa misma que el actual demandante halla en esa acta, acompañada mediante esa certificación a su demanda, en el termino probatorio solicitó y obtuvo copia de la escritura número 764 otorgada ante el Notario 1º de Bogotá el 7 de Marzo de 1939 por el prenombrado Sr. Jesús María Tobón y el Dr José Domingo Vélez, éste en representación de la Compañía de Mosaicos Hidráulicos, S. A., como delegado de su liquidador. En esta escritura, después de citar otras otorgadas entre la misma parte y de citar con ubicación y linderos los inmuebles referidos en todas ellas, y de manifestar que había quedado incompleto el título conferido a Tobón, convienen en deshacer el convenio en cuya virtud esos bienes habían pasado de ésta a él y en que, por lo mismo, quedaran en el pratimonio de la Compañía, y a las cláusulas correspondientes a lo antedicho, agregan como final en la escritura traída como prueba, esto es, en la de 7 de marzo de 1939, ésta: "Cuarta. Como la Compañía de Mosáicos Hidráulicos S. A. no ha pagado a Jesús M. Tobón el precio de la compraventa... y como el acreedor Jesús M. Tobón debe, a su turno, a la Empresa Eléctrica de Manizales los valores procedentes de la enajenación de las trilladoras de "La Oriental"" con una manga y una planta eléctrica, cantidad de dinero que con sus intereses ascienden hoy a una suma considerable, verificada por Jesús M. Tobón a favor de Mariano y Miguel Me-

jía, de la cual da cuenta la escritura pública Nº novecientos diez y nueve, pasada en la Notaría tercera de Bogotá el veinticinco de mayo de mil novecientos veinticuatro; y los valores procedentes de la enajenación de la luz eléctrica de Manizales, verificada por Jesús M. Tobón a los señores Carlos Pinzón y otros, operación de la cual da cuenta la escritura pública número mil uno pasada en la Notaría primera de Bogotá el seis de mayo de mil novecientos veinticinco, convienen los contratantes en que la Compañía de Mosáicos Hidráulicos S. A., en vez de pagar directamente a Jesús M. Tobón el precio de la compraventa estipulada en la cláusula tercera de la escritura número cuatrocientos veinticuatro de la Notaría de Facatativá el veintiocho de Junio de mil novecientos veintisiete, se subroga a Jesús M. Tobón en el cumplimiento de la obligación de pagar a la Empresa Eléctrica de Manizales, sociedad anónima... los valores que representan el precio de la venta de los bienes de propiedad de esta última que Jesús M. Tobón, en su condición de Gerente de la misma, verificó por medio de las ya citadas escrituras púbicas número novecientos diez y nueve de la Notaría tercera de Bogotá de veinticinco de Mayo de mil novecientos veinticuatro y número mil uno de la Notaría primera de Bogotá de seis de mayo de mil novecientos veinticinco; quedando así Jesús M. Tobón librado de estas obligaciones, las cuales toma para sí la Compañía de Mosáicos Hidráulicos S. A. Y por cuenta de ésta el saldo que resultare a favor de la Sociedad Comercial e Industrial S. A. de esta ciudad de Bogotá en su cuenta con la Empresa Eléctrica de Manizales",

Como entre los bienes determinados en ese instrumento figuran la finca El Pital situada en Coello y un inmueble con frente a la calle 26 de Bogotá, a más de otros, parece que el convenio parcialmente trascrito y los pactos hechos y deshechos en las escrituras anteriores en él citadas son los mismos a que poco después de ese 7 de Marzo de 1939 se refirió la Asamblea General de Accionistas de la Empresa Eléctrica según el acta, también trascrita, de su sesión de 15 de Julio de ese año.

Esa escritura de 7 de Marzo no se registró porque efectivamente los bienes relacionados en ella estaban embargados en la actuación judicial de la señora de Tobón contra éste a que se alude en esa acta. Esto lo hizo presente el liquidador Dr. Vélez al absolver posiciones en el presente juicio.

Tampoco en esa oportunidad como en su alegato y desde su contestación a la demanda, él se opone a la revisión sosteniendo que lo expresado en el acta citada no es prueba de que los compradores prenombrados pagaran la totalidad del precio, como en su sentir no lo es tampoco el citado convenio de 7 de Marzo, y que aunque en esa acta hubiera la confesión que el demandante ve, no puede admitírsele como comprobante detenido por la Empresa, puesto que, por el contrario, llevándola ésta a la Cámara de Comercio para su registro, la puso al alcance de todo el que quisiera obtener copia y, así, procedió en forma que cierra el camino al concepto de fraude en la Empresa formulado por el actor.

Este replica que aquel paso es engañoso, porque la publicidad que dio al acta es sólo aparente, puesto que los demandados en el juicio ordinario no podían sospechar siquiera que la Empresa demandante confesara el pago total en cuya negativa se fundaba e insistía para obtener la resolución de la compraventa y, por más que esa acta y su registro, por su fecha anterior al comienzo de la segunda instancia podía haberse producido como prueba oportunamente en ella, los demandados no pueden reputarse obligados a saber de ella ni a buscarla en la Cámara, porque el registro que éstas llevan se refiere a la formación, reforma y disolución de las sociedades y a las facultades y personal de sus representantes, pero no a intimidades de su marcha interna.

Resumidas las probanzas y alegaciones, se considera:

Causa a la verdad extrañeza que en el convenio de 7 de Marzo no se precisen las

cifras de los créditos que asume la Compañía de Mosáicos Hidráulicos en favor de la Empresa Eléctrica de Manizales para relevar de ellos a Tobón, y que tan sólo figuren por la cita de las escrituras de venta hecha por éste de bienes de esa Empresa de donde esos créditos procedían. No puede olvidar que este señor retenía lo que había recibido como Gerente de la Empresa y que, por tanto, su interés moral y pecuniario estaba en no aparecer debiendo sino lo que había recibido. En el momento en que proveía a devolver o pagar, no le convenía aparecer ante la Empresa acreedora ni ante el tercero que venía a tomar sobre sí la carga, con un gravámen superior al que a la realidad correspondiese. A la Compañía, por su lado, no podía serle indiferente el monto de esta carga. Desde todo punto de vista, así fuese meramente el del nogocio, ambas partes estaban interesadas en que figurase todo lo que disminuyese esa obligación o, más aún, lo que impidiese qué ésta indebidamente se elevase. Así, pues, la falta de salvedades, advertencias y cortapisas, si no puede tomarse como plena prueba de que los otorgantes de la mencionada escritura afirmaron en ella el pago total de las referidas ventas de bienes de la Empresa hechas por Tobón, no puede menos de interpretarse como sugestión o indicio de que sí lo hubo.

Pero, como yá se observó, la pieza decisiva en que se funda la demanda de revisión es la citada acta de 15 de julio, cuya lectura basta para reconocer la confesión afirmada aquí por los demandantes. Además, si al convenio de 7 de Marzo pudiera, relacionándolo con el juicio ordinario, tachársele de no figurar en él Tobón como Gerente de la Empresa y de no aparecer, de otro lado, que ésta le ratificara o aceptara, la reunión del 15 de Julio es un acto de la Empresa misma y sus declaraciones la obligan por ser de la Asamblea General de sus accionistas habida, a mayor abundamiento, en forma ordinaria y al tenor de sus estatutos.

Que fuese agible y aun sencillo a los demandados en el juicio ordinario producir ese comprobante en el término probatorio de la segunda instancia, es opinión inaceptable por engañosa, porque ellos no estaban obligados a seguir los pasos de la Empresa ni, mucho menos, a estar al tanto de los detalles de su marcha interna; porque no puede exigírseles el conocimiento de un hecho y comprobante que, salvo por hallazgo o noticia casual, podían saber que existía; porque todo los obligaba a creer que la Empresa no podía estar confesando el pago total al mismo tiempo que lo estaba negando enfáticamente en el pleito a la sazón en curso, y porque a la Cámara de Comercio no podía entendérseles obligados a acudir para informarse en ella sobre intimidades de la Empresa extrañas, repítese, a lo que los libros de éstas están destinados por ley, sino a lo del resorte de tales libros y oficinas. Y si bien es cierto que en la citada sesión de 15 de Julio se proveyó al nombramiento de Gerente, este paso de entonces en nada interesaba a los damandados en un pleito adelantado ya con quien había comprobado ser el liquidador, lo que para ese litigio bastaba desde este punto de vista.

De otro lado, ese registro en los libros de las Cámaras, encaminado a sus aludidos precisos fines legales, no puede tener el alcance que, por ejemplo, tiene el de los instrumentos públicos en sus libros correspondientes, al tenor del Art. 2637 del C. C. Esta inscripción resguarda y previene a los terceros y, capacitándolos así para estar al tanto de lo pertinente en lo que les concierna, deja a su cargo sus inadvertencias, imprevisiones y descuidos.

Lo dicho conduce a encontrar en el acta de 15 de Julio acompañada a la demanda de ahora y contentiva de la mencionada confesión, la calidad de pieza decisiva detenida por obra de la parte favorecida de que habla el citado Art. 542, dando al concepto de **detención el** sentido qne corresponde dentro del espíritu y finalidades de esa disposición legal y dentro del conjunto de circunstancias del presente caso espaciosamente aquí descritas. Pero como pudiera objetarse que la medida de la

Empresa de llevar a las Cámaras de Comercio esa acta en su misma fecha, si bien por lo ya comentado no puede tenerse como publicidad que obligara a los demandados a conocerla y que permitiese reputar culpa de ellos el no haberla aducido en el juicio ordinario, sí indica que la Empresa no la retuvo, gramaticalmente considerado el dicho numeral 1º del Art. 542 y que desde este punto de vista podría parecer forzado aquel concepto de detención, a mayor abundamiento se observa que la conducta de la Empresa no puede menos de reconocerse fraudulenta ante su contradicción evidenciada en el presente recurso.

En efecto: el Sr. Tobón como Gerente de ella vendió los aludidos bienes y recibió su precio y después demandó la resolución de la compraventa por no haberse pagado éste, y la Empresa misma, estando en curso ese juicio y apenas para comenzar a surtirse la segunda instancia por apelación de ella contra el fallo que en la primera le había negado sus pretensiones, en Asamblea General de Accionistas confiesa aquel pago, así fuese tan sólo en la mira de obtener que el Gerente que lo había recibido se lo entregase a ella o le traspasara los bienes que con esos dineros había adquirido él.

Y, según el numeral 4º del mismo Art. 542, aquí trascrito, es causal de revisión de una sentecia el haberse dictado injustamente por fraude.

Lo que acaba de observarse sobre la conducta de la Empresa en relación con la revisión demandada conduce también, en lo relativo a las costas de aquel juicio, a condenarla en ellas por temeridad.

En el acta de 15 de Julio se pone de manifiesto que en la reunión estuvo el Sr. Tobón debidamente representado. Y brilla por su ausencia toda protesta o reparo u observación acerca de las declaraciones explícitas hechas allí sobre la venta de bienes de la Empresa por su Gerente Sr. Tobón y sobre inversión por éste, en la adquisición de bienes para sí, de los respectivos precios. Posible es que aquel silencio en tan señalada ocasión determinara al nuevo Gerente a registrar el acta completa, inclusive, por tanto, en lo relativo a aquello, en vez de limitarse a lo atañedero a su nombramiento que era lo único procedente en relación con la intervención legal de las Cámaras de Comercio.

Sea de ello lo que fuere, el caso es que, resumiendo en breves frases lo antedicho, se tiene de un lado, que el registro de esa acta no puede considerarse como publicidad que, comprometiendo a los demandados en el juicio ordinario, impidiera acogerla ahora en revisión, y, de otro lado, que, no pudiéndose compaginar la confesión hecha allí por la Empresa y su negativa del pago total sostenida en el pleito en que logró la resolución de la compraventa por obra exclusiva de no haber podido los compradores demandados demostrar entonces ese pago, a la vez que ha de invalidarse el fallo en que se pronunció así esa resolución, ha de reemplazársele por la absolución de ellos, lo que implica la denegación de lo demandado en ese juicio.

Sería extraño y excesivo historiar aquí el recurso de revisión rastreando sus orígenes y siguiendo su marcha evolutiva hasta precisar su estado en las legislaciones modernas. Como antecedente inmediato de lo que hoy rige entre nosotros, que en lo pertinente se ha citado, se halla la ley 105 de 1890 que fijó sus casos en el Art. 396 y los reglamentó en los siguientes (al 409). Esos casos son los mismos del trascrito Art. 542, con redacción igual, salvo, en lo tocante a los dos casos, 1º y 4º, tratados aquí, que el último, que es el que habla de sentencia obtenida injustamente, en vez de terminar con la palabra **fraude**, termina diciendo "cohecho, violencia u otra **maquinación fraudulenta**".

Puede decirse que prácticamente entre nosotros no ha prosperado este recurso. Es visible la severidad de la ley hasta en la redacción de cada una de las ceñidas y reducidas causales con que lo autoriza. Tan estrecho el campo y rígida la exigencia sobre pruebas y circunstancias, natu-

ral es la frecuencia de aquel resultado. Y es que el legislador no ha podido menos de proceder con cautela máxima, estando de por medio algo de tanto predicamento para la vida de los negocios y el orden social como la cosa juzgada es y se ha considerado siempre.

El Art. 473 del C. J. al dar esta fuerza a la sentencia firme, advierte que hace nula toda otra desición posterior contraria, sobre el mismo asunto, entre las mismas partes; pero, eso sí, deja a salvo a este respecto el recurso de revisión, en cuya justificación aduce el expositor Chiovenda estas frases conceptuosas: "Nada tiene de irracional en sí mismo que la ley admita la impugnación de la cosa juzgada: la autoridad misma de la cosa juzgada no es absoluta y necesaria, sino establecida por consideraciones de utilidad y oportunidad; de tal manera que estas mismas consideraciones pueden a veces aconsejar su sacrificio para evitar el desorden y el mayor deño que se derivaría de la conservación de una sentencia intolerablemente injusta".

Y a éste último propósito en su misma obra (Derecho Procesal Civil) había dicho: "Puede suceder que una sentencia sea exteriormente justa pero interiormente no, porque se ha equivocado el razonamiento del Juez: exacta la conclusión, pero equivocadas las premisas. La injusticia de la cuestión de hecho puede derivarse: a) o de la insuficiente demostración de la verdad por la parte, y esa insuficiencia depender de falta de prueba imputable o no al adversario; b) o de la presencia de elementos de decisión objetivamente falsos; c) o de una actividad dolosa realizada por una parte en daño de la otra...".

En el presente caso, como queda visto y detenidamente expuesto, los fallos invalidados ahora tuvieron como base y causa ineludible la falta de prueba de pago del precio, ante la cual se imponía la resolución del contrato bilateral en que la parte compradora estaba, así, en mora. Y esa ausencia de prueba, ese vacío, obra de la parte favorecida en sus hechos y omisiones que han llevado a calificar su conducta como aquí se hace, vino a llenarse en la presente actuación y esto es lo que, también obligadamente en ley, ha determinado la prosperidad del recurso.

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, falla el pleito y decide el recurso de revisión así:

1º - Invalídase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de diez y siete de Junio de mil novecientos cuarenta y uno y la de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de diez de Julio de mil novecientos cuarenta, pronunciadas en el juicio ordinario cuya primera instancia cursó en el Juzado 3º Civil de este Circuíto, seguido por la Empresa Eléctrica de Manizales, sociedad anónima de ese domicilio, hoy en liquidación, contra los señores Carlos E. Pinzón, Camilo Uribe y Abel Mejía, representado aquél por sus herederos Antonio, Carlos y Alberto Pinzón Hoyos, María Pinzón de Gómez, Sofía Pinzón de Zuluaga, Emma Pinzón de Arango, Cecilia Pinzón de Camargo y Amelia Pinzón de Toro, sobre resolución de la compraventa solemnizada en la escritura número mil uno, otorgada en la Notaría primera de Bogotá el seis de Mayo de mil novecientos veinticinco.

2º - Absuélvese a los demandados en ese juicio de todos los cargos de esa demanda y deniégase, por tanto, la resolución de esa compraventa.

3º - Condénase a la Empresa demandante a pagar a los prenombrados demandados las costas de ese juicio en ambas instancias y en la casación.

4º - Cancélese la inscripción que de las sentencias invalidadas hizo en el libro de registro y en el de matrícula el Registrador de Manizales, a quien el Juzgado de origen oficiará al efecto en su día.

5º Devuélvase a los demandantes la suma consignada por ellos de acuerdo con el artículo 544 del C. J.

6º Devuélvase el proceso del citado juicio ordinario al Tribunal Superior de Bogotá, de donde en su oportunidad se enviará al Juzgado de origen.

7º No se hace condenación en costas en la revisión.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

José Miguel Arango — Isaías Cepeda. Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca. El Conjuez, Eduardo Rodríguez Piñeres. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

REPUBLICA DE COLOMBIA
DIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

FILIACION NATURAL — PRESUNCION DE RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES HECHO EN ACTO TESTAMENTARIO, A PESAR DE LA DECLARACION QUE EN EL APARECEN DE QUE SON SIMPLEMENTE ILEGITIMOS

Los hijos ilegítimos que no son espurios pueden ser reconocidos y adquirir, por tanto, la calidad de naturales respecto del padre reconocedor. Cuando adviene el reconocimiento se produce consecuencialmente ese estado civil, y sin él subsiste la calidad de simplemente ilegítimos. Ilegítimos son unos y otros, y a los reconocidos no les cambia esta calidad, lo que implicaría salir de este grupo para pasar al de los legítimos. Así, pues, un hijo ilegítimo, que de suyo lo es *simplemente*, puede, subsistiendo su ilegitimidad, pasar a ser hijo natural, en cuanto su padre lo reconozca con las formalidades legales, que son un acto testamentario o un instrumento público entre vivos. Por consiguiente, no tiene cabida en la ley la posibilidad de que un hijo reconocido en tal forma por su padre siga siendo simplemente ilegítimo, porque la ley determina y señala para el reconocimiento consecuencias que los particulares no pueden impedir, siendo así que ellas, por referirse al estado civil, son de orden público. En el caso a que se refieren los autos, si el testador quiso que sus hijas mencionadas en él permanecieran simplemente ilegítimas, debió callar su filiación; pero como la confesó, la advertencia de ser ellas hijas suyas *simplemente ilegítimas*, expresión sin cabida lógica en fuerza de lo anterior, puso a los efectos legales de su confesión una cortapisa inadmisible. Una vez que las mencionó como sus hijas simplemente ilegítimas las reconoció implícitamente como sus hijas naturales.

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

(Magistrado ponente: doctor Riçardo Hinestrosa Daza).

Por medio de apoderado las señoras Arcelia Cano de Calderón y Amelia Calderón Cano de Calderón y las señoritas Elcira y Rosa Tulia Calderón Cano incoaron juicio ordinario encaminado a que, en el concepto de ser Arcelia y Dolores Cano Hurtado hijas naturales de Desiderio Cano, se les reconozca la consiguiente calidad de herederas de este señor y se les cubran los correspondientes haberes, el de Dolores, premuerta, a sus hijos legítimos por representación, y se reforme, por ende, el testamento bajo el cual murió el **de cujus**, tanto por lo que así hace a la herencia, cuanto respecto de los legados, reducidos como han de quedar a la cuarta de libre disposición.

Así se cifran las súplicas de la demanda principal, y como ésta ha de prosperar como se verá adelante, no es el caso de considerar las subsidiarias.

La demanda se dirigió contra el albacea, Quiterio Robles, y contra todos los asignatarios instituídos por el causante, a saber: el legatario y heredero universal Luis Eduardo Calderón Cano y los legatarios restantes, que son: la Iglesia del Naranjal, representada por el Obispo de Garzón, doctor José Ignacio López; Maximino Cano, representado por su heredera Gumersinda Cano; Félix María, Pe-

dro Antonio y Juan de Jesús Calderón y Francisco Chicué.

Después de larga demora en notificar la demanda y de adelantarse, anularse parte de la actuación y reponer lo anulado, la causa, iniciada el 25 de agosto de 1937 en el Juzgado 1º del Circuito de Garzón, pasó al de Pitalito, el competente por ser el del juicio mortuorio de Desiderio Cano, y en este Juzgado se dictó sentencia definitiva el 20 de mayo de 1940 que niega todas las peticiones de los actores. Apelada por éstos, el Tribunal Superior de Neiva, tramitada la segunda instancia, la decidió el 10 de octubre de 1941, confirmando la del Juzgado. La misma parte litigante recurrió en casación. Concedido, admitido y tramitado el recurso, pasa a decidirse.

Desiderio Cano murió el 29 de abril de 1937. Su aludido testamento lo otorgó cerrado por ante el Notario de Timaná el 10 de enero de 1931. Abierto con las formalidades legales, se protocolizó en la Notaría de Garzón por instrumento número 419 el 13 de julio de 1937.

Por su trascendencia se trascriben estas cláusulas testamentarias: "Tercera. Fuí casado en únicas nupcias con la señora Juana María Hurtado, sin que hubiéramos tenido descendencia legítima, pues a la fecha de nuestro matrimonio ya habían nacido mis hijas simplemente ilegítimas llamadas Dolores y Arcelia, aquélla casada con el señor Eduardo Calderón, ya difunta, y esta otra, viva aún, con el señor Jenaro Calderón. Del matrimonio de Dolores con Eduardo Calderón son hijos legítimos Félix María, Rosa Tulia, Ana Rita, ya finada, Amelia, Elcira, Pedro Antonio y Luis Eduardo Calderón, y de Arcelia, Juan de Jesús Calderón. Cuarta. En el juicio de sucesión de Juana María Hurtado, mi esposa, fueron adjudicatarios los hijos de Dolores Hurtado o Cano, por derecho de representación de su madre, y Arcelia Hurtado o Cano, las cuales aunque llevaron y aún llevan la última mi apellido, fueron consideradas en aquella causa mortuoria como hijas naturales de Juana María Hurtado para recoger la herencia de su madre natural. Quinta. Declaro como bienes de mi exclusiva propiedad, sobre los cuales puedo ejercer el derecho de testar libremente por no tener herederos forzosos ni legitimarios (artículos 1226 y 1240 del Código Civil), los siguientes: ....."

El fundamento cardinal de la demanda se resume así: la confesión de Cano en su testamento de que Dolores y Arcelia son hijas suyas significa el reconocimiento de ellas como sus hijas naturales, y sobre este pie, habiendo fallecido él cuando ya regía la ley 45 de 1936 y sin dejar más hijos, ni viuda, ni ascendientes, a ellas en su dicha calidad corresponde la herencia, la cual está formada por la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras, porciones ambas que deben llevar por igual las dos hijas, representada Dolores por su descendencia legítima. Esto determina la reforma del testamento, como ya se dijo, es decir, tanto en ese sentido como, consecuencialmente, en la reducción de los legados para cuyo pago queda sólo la cuarta restante.

Fue fundamento de la sentencia absolutoria la advertencia del testador de que sus dichas hijas lo son **simplemente ilegítimas**, en donde el Tribunal encuentra que aquél no quiso reconocerlas como naturales, a que se agrega su declaración de poder testar libremente por no tener legitimarios y su abstención de asignarles herencia. Acoge el Tribunal esa advertencia como escollo para hallar el estado civil de hijas naturales en dichas señoras y, siendo esa calidad la clave de sus peticiones, lógicamente las niega. De otro lado, entrando en fuerza de esa negativa en el estudio de las súplicas subsidiarias y hallando en éstas un juicio sobre declaración o reconocimiento de esa calidad incoado después de muerto el padre, y, por tanto, sin el legítimo contradictor indispensable en sentir de la mayoría de esta Sala en varias decisiones, siguiendo esta opinión el Tribunal niega estas otras solicitudes.

El abogado de las demandantes ante la Corte en la demanda de casación invoca

el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J. y, dentro de él, acusa de violación del artículo 20 de la ley 153 de 1887, entre otros. Alega en suma así:

Entre nosotros no ha existido el **status familiæ** de hijo simplemente ilegítimo, condición que no ha pasado de ser siempre sino una categoría de las leyes; aquel **status** no es materia optativa de las personas, cuyo estado civil quien lo determina es la ley; por tanto, si, de un lado, Ca no confesó el nexo de sangre existente entre él y Arcelia y Dolores y dio así la prueba de la filiación de éstas, de otro lado, la ley deduce de esa confesión el estado jurídico de hijas naturales con todos sus efectos civiles. De suerte que no hay necesidad de sentencia judicial que haga el tránsito del carácter de ilegítimas al estado civil de naturales. Aquella confesión del padre sencillamente declara el vínculo de sangre que une a sus hijas con él, y suministrando la precisa prueba legal de la filiación, determina la constitución por la ley del estado civil de hijas naturales para ellas.

El señor Procurador Delegado en lo Civil expone que la calidad de hijo natural con respecto al padre resultaba, según los artículos 52 y 57 del C. C. y los pertinentes de la ley 153 de 1887, del reconocimiento que él hiciera de ser suyo el hijo, habiendo sido concebido éste en momento en que aquel podía casarse con la madre, circunstancia ésta presumida por la ley, de suerte que tenía que darse por existente mientras no se probara adulterio o incesto. "Reconocida la paternidad por testamento — son sus palabras — no quedaba al arbitrio del padre conferirle al hijo la calidad civil que a bien quisiera: hijo natural, simplemente ilegítimo o espurio. Estas distintas calidades emanaban de la ley, con causa inmediata en las distintas circunstancias por ella previstas". Y agrega: "El padre reconocía un hecho: la paternidad. La ley daba una calidad: el estado civil de hijo natural".

Este funcionario concluye que debe prosperar la demanda de casación, porque el estado civil de hijas naturales lo adquirieron Arcelia y Dolores en fuerza de la cláusula 3ª del testamento de Desiderio y porque ese estado civil, adquirido desde entonces, se conserva bajo el nuevo régimen. Es explícito en sostener que no hay lugar a examinarlo a la luz de la ley 45 de 1936.

Se considera:

El Código autorizaba el reconocimiento de los hijos habidos fuera de matrimonio, mediante instrumento público entre vivos o acto testamentario (artículo 318), y cuando el padre los reconocía al nacer, bastaba que firmara el acta de nacimiento, "en prueba del reconocimiento" (artículo 368); y de éste surgía en el reconocido el estado civil de hijo natural, en uno y otro caso.

El Código se refiere a ambos padres. La presunción respecto de la madre que, desaparecida por breve tiempo, se restauró en el art. 7º de la ley 95 de 1890, apenas es de mencionarse aquí de paso, puesto que de quien se trata es del padre.

El nacido fuera de matrimonio y no reconocido voluntariamente con las formalidades legales, "podrá pedir que su padre o madre le reconozcan". Tal decía el Código en su artículo 319.

Derogado el Código en ésta y demás disposiciones pertinentes y reemplazadas todas ellas por las correspondientes de la ley 153 citada, desapareció esa acción y se creó la del artículo 66 de esa ley, que dice: "El hijo ilegítimo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales, no podrá pedir que su padre o madre lo reconozcan, **sino con el solo objeto de exigir alimentos**". (Subraya la Corte).

De su lado el reconocimiento de que surgía la calidad de hijo natural siguió siendo ante esta ley, como lo era en el Código, el acto solemne que requería instrumento público entre vivos o acto testamentario. Se suprimió el antedicho del artículo 368. Además, hizo presente la ley en su artículo 55 que "El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o de la madre que reconoce".

Así, pues, ante la ley 153 en cita, el reconocimiento, en el sentido pleno de la palabra, no podía ser impuesto ni provocado, sino que precisamente había de ser voluntario, y si el artículo 66 se vale también del verbo **reconocer**, se pone en guardia contra la posibilidad de aquel alcance para la acción que concede advirtiendo enfáticamente lo que reza su frase final ya vista.

Mirando esa ley con desvío a los hijos no nacidos de matrimonio, apenas les confiere derecho a alimentos, defiriendo, por otra parte, al juramento del padre presunto.

Y tanto no establece esa gestión judicial, de orden estrictamente alimenticio, vinculación alguna que mire al estado civil, que el artículo 77 de la misma ley dice: "No será oído el padre ilegítimo que demande alimentos con este carácter".

Por lo dicho, bien se ve que, en cuanto se refiere al estado civil, por reconocimiento que produzca el de hijo natural no hay lugar a pensar en algo distinto de ese acto voluntario a que procede el padre en acto testamentario o en instrumento público, tal como este tópico quedó regido por la citada ley 153.

Como es sabido y no puede menos de ser, el matrimonio es un hecho decisivo para la clasificación de los hijos: con él, según su oportunidad y demás circunstancias pertinentes, ellos son legítimos o legitimados; sin él, son ilegítimos. Dentro de este grupo hay clases: una formada por los de dañado y punible ayuntamiento y otra por los restantes. Aquéllos, esto es, los espurios, no pueden ser reconocidos ni, por tanto, adquirir el estado civil de hijos naturales. Dejando de lado, por extrañas a este pleito, las disquisiciones sobre posibilidad, no legal pero sí de hecho o material, de que el padre reconozca por suyo a un hijo adulterino o incestuoso, a favor de la circunstancia de no tener por qué declarar el nombre de la madre, se tiene que los hijos ilegítimos que no son espurios pueden ser reconocidos y adquirir, por tanto, la calidad de naturales respecto del padre reconocedor. Cuando adviene el reconocimiento, se produce consecuencialmente ese estado civil, y sin él subsiste la calidad de simplemente ilegítimos. Ilegítimos son unos y otros y a los reconocidos no les cambia esta calidad, puesto que sólo podría trocárseles por la de legitimados, lo que implicaría salir de este grupo para pasar al de los legítimos que, como ya se dijo, abarca a los legitimados en la forma que dice el artículo 245 del C. C. Se habla así ante la situación legal de 1887 ya dicha.

Estas consideraciones obvias se traen a cuento para recordar cómo un hijo ilegítimo, que de suyo lo es **simplemente**, puede, subsistiendo su ilegitimidad, pasar a ser hijo natural, en cuanto su padre lo reconozca con las formalidades legales, que son, como ya se ha visto, acto testamentario o instrumento público entre vivos.

Así, pues, no tiene cabida en la ley la posibilidad de que un hijo reconocido en tal forma por su padre siga siendo simplemente ilegítimo, porque la ley determina y señala para el reconocimiento consecuencias que los particulares no pueden impedir, siendo así que ellas, por referirse al estado civil, son de orden público. La citada ley 153 estableció, como tenía establecido el Código, la posibilidad de que los hijos nacidos fuera de matrimonio fueran reconocidos por sus padres o por uno de ellos, respectivamente en sus artículos 54 y 318, y estas dos disposiciones asignan al reconocimiento su precisa consecuencia sobre el estado civil con esta frase: "y tendrán la calidad legal de **hijos naturales** respecto del padre o madre que los haya reconocido".

El padre es dueño de declarar su paternidad en escritura pública o testamento, como es dueño de abstenerse de tal paso. Mientras no lo dé, el hijo es simplemente ilegítimo; pero al darlo, ese hijo es natural, calidad que se deriva del reconocimiento por ministerio de la ley.

De esta suerte, si Desiderio Cano quería que Arcelia y Dolores permaneciesen simplemente ilegítimas, debió callar su filiación; pero, como la confesó y como

esto lo hizo en acto testamentario, la advertencia de ser ellas hijas suyas **simplemente ilegítimas**, expresión sin cabida lógica, en fuerza de lo antedicho; puso a los efectos legales de su confesión, una cortapisa inadmisible.

Como atrás se vio, la ley habla de reconocer al conferir al hijo acción contra el padre; pero en términos tan claros, que de lo que por el empleo de esa palabra pudiera tenerse por reconocimiento no cabe entender sino exclusivamente una obligación alimenticia. Por tanto, por reconocimiento, en el sentido en que este vocablo implica e impone relación con el estado civil, no puede hallarse en la ley 153 sino ese acto libre y voluntario del padre en escritura pública o testamento de que ella habla en sus artículos 55 y 56. Y salta a la vista que respecto de ese acto no puede suceder sino que exista o que no exista, esto es, que el padre no haya confesado o sí haya confesado con una de esas solemnidades que lo es; es decir, que no medie o sí medie con tal confesión, que es la prueba a que la ley defiere, la demostración de la filiación del hijo.

A estos respectos existen precedentes cuya aducción se impone.

La Corte en sentencia de 26 de marzo de 1912 se denegó a casar la del Tribunal de Bogotá en el juicio en que se contendía sobre si el señor Jenaro Gaitán tenía o no la calidad de hijo natural del señor Alejandro Gaitán, la que el Tribunal le mantuvo o, por mejor decir, no le infirmó. Entre los elementos probatorios que lo condujeron a ese resultado figuró la escritura pública en que don Alejandro dijo: "En atención a la buena conducta y honradez y a los buenos servicios que le ha prestado a su familia su hijo el señor Jenaro Gaitán", para indicar la causa de la transferencia que le hacía en ese instrumento, en el cual el donatario manifestó que "por complacer a su respetable padre acepta esta donación y le tributa las debidas gracias". En casación se hizo al respecto el cargo de que el Tribunal hacía figurar eficazmente estas declaraciones como prueba de reconocimiento, a pesar de no decir expresamente don Alejandro que reconocía a Jenaro como su hijo natural. Y la Corte para rechazar el cargo hace varias consideraciones discriminadas en orden alfabético, de las cuales se destaca por su pertinencia ésta: "b) .... no se exige para el reconocimiento que el padre que lo hace emplee precisamente la expresión **hijo natural**, pues no hay fórmula sacramental o de empleo obligatorio para tal efecto, y el reconocimiento no puede referirse sino a los hijos naturales y no a otra especie de filiación". (G. J., Vol. XXI, pág. 44).

En pleito en que Julio Raimundo Díaz Tobar excluyó de las cuotas hereditarias forzosas a sus demandados, la Corte pronunció sentencia el 31 de mayo de 1913. Allí se ve que Jacobo Díaz, que era el de **cujus**, murió bajo testamento en que declaraba ser hijos suyos las varias personas allí nombradas, no todos de una misma madre, entre ellos Julio Raimundo, con cuya madre se casó Jacobo. El triunfo se lo dio su calidad de único legitimado que excluyó a todo otro heredero (artículo 86 de la citada ley 153); de modo que a los demás instituídos en el testamento no les quedó sino la cuarta libre. Allí en el fallo de la Corte se lee: El reconocimiento, como el mismo vocablo lo indica y como lo enseñan los expositores, no es un acto constitutivo sino declarativo de la filiación del hijo al cual se aplica. Sirve para revelar, mediante la confesión del padre, los lazos de la sangre que constituyen la filiación natural. Es el modo de prueba de esta filiación con respecto al padre. Tal filiación existía desde antes del reconocimiento; pero no era conocida legalmente, y el reconocimiento viene a comprobarla". (G. J., Vol. XXIII, página 75).

Ya en sentencia de 8 de marzo de 1911, en juicio en que, pretendiendo la herencia de Antonio N. Liévano, los actores negaban a Ester Liévano de Aljure la calidad de hija natural de él por haber sido después de muerto cuando ella aceptó el reconocimiento, la Corte había dicho: "El legislador colombiano ha restringido

la prueba de la filiación natural, en lo tocante al padre, a la confesión de éste consignada en forma auténtica..... el reconocimiento no es un acto constitutivo sino declarativo de derecho. **Son los lazos de la sangre revelados por la confesión del padre los que constituyen la filiación natural.....**" (G. J., Vol. XIX, pág. 245).

Conviene recordar que ese fallo continúa su exposición doctrinaria observando que la impugnación de un reconocimiento se justifica, ya cuando por ser espurio el hijo se infringe la ley, ya cuando aquellos lazos no existen en verdad; y, de otro lado, que el reconocimiento existe por sí mismo independientemente de su aceptación; de suerte que, teniendo él su fecha propia, no puede decirse que se produzca sólo cuando más tarde sobrevenga la aceptación.

Estas trascripciones hacen ver cómo el concepto que informa la presente sentencia tiene en su abono altos y reiterados precedentes.

Otra consideración que impide dar a la advertencia de Cano sobre que Arcelia y Dolores, de quienes confiesa ser hijas suyas, el alcance de que, a despecho de esta confesión, sigan siendo simplemente ilegítimas, es ésta: lo eran antes del testamento contentivo de esa confesión, y después no pueden permanecer en idéntico estado, cual si la confesión de su filiación no mediase, so pena de que esa declaración se interpretara, contra toda regla de hermenéutica, en forma que no produzca efecto alguno.

A las citas ya hechas en la mira de aducir nuestra doctrina jurisprudencial, debe agregarse la de la sentencia de la Corte dictada el 4 de junio de 1890 (G. J., Vol. V, págs. 162 a 164) en que esta Sala insistió sobre que el reconocimiento es acto solemne y de la libre voluntad del padre.

Las más de las diferencias que sobre hijos naturales existían entre nuestro Código Civil y el de Chile desaparecieron al acoger el sistema de éste nuestra citada ley 153. Pero ni ella ni nuestro Código autorizaron lo que el de Chile establece en su artículo 1169, que dice:

"El hijo ilegítimo que fuere reconocido como tál en el testamento, podrá exigir a los herederos aquellos alimentos a que sería obligado el testador si viviese; pero sin acción retroactiva".

"Lo cual se entiende si el testador no lo reconociere formalmente con la intención de conferirle los derechos de hijo natural, o no tuviere efecto su reconocimiento en este sentido".

Esta disposición permite dentro del reconocimiento espontáneo la limitación a la mera obligación alimenticia; sobre ese pie, es lógico distinguir entre el reconocimiento propiamente dicho, que es al que mira en su inciso 2º, y aquel otro, contemplado en el inciso 1º, y se comprende que, consecuencialmente, se exija al padre que, cuando quiera simplemente permitir que la prestación alimenticia se produzca, así lo advierta en forma que nombre a su hijo como simplemente ilegítimo, "como tál" dice el Código.

Pero, como nuestra legislación se ha guardado de autorizar la situación creada por el artículo 1169 citado, esa distinción no tiene cabida dentro del reconocimiento voluntario, ni puede tener alcance tampoco, en fuerza de lo dicho ya acerca del reconocimiento provocado, el cual no puede en Colombia, bajo la ley 153, producirse sino por gestión judicial del hijo con el exclusivo resultado de obtener, en su caso, alimentos.

Resumiendo lo dicho y concretándolo al problema cardinal de esta litis, se tiene que Desiderio Cano en su testamento, es decir, con la solemnidad procedente, declaró la filiación de Arcelia y Dolores confesando con entera libertad que eran hijas suyas, y que la consecuencia legal de este acto de él es la constitución del estado civil de hijas naturales en favor de las mismas, sin que pueda aceptarse que a pesar de todo esto permanecieran simplemente ilegítimas por haber consignado Cano en su testamento esta locución y creído que no tenía herederos forzosos.

La demanda principal párte de la base

del estado civil de hijas naturales en Arcelia y Dolores y, sobre este pie, entra a formular desde luego sus pedimentos sobre herencia en las tres cuartas forzosas, reducción de los legados a la cuarta libre y consiguiente reforma del testamento de Cano. Esa demanda principal no plantea ni contiene controversia sobre aquel estado civil que da por establecido. Es en la demanda subsidiaria donde, para el evento de no conceptuarse que ese estado existe por haberse producido con la declaración testamentaria de filiación, se plantea la declaración judicial de él. Por tanto, si prevalece el concepto básico de la demanda principal, no hay lugar a considerar la subsidiaria y resulta improcedente lo atañedero a si puede o no incoarse juicio sobre filiación natural después de muerto el padre presunto.

El Tribunal se desvió hacia este tema, y esto fue consecuencia del error de desconocer la existencia de aquel estado civil. De este error deriva el recurrente el cargo de violación del artículo 20 de la ley 153 tántas veces aquí citada, cargo que prospera.

En efecto, esa disposición establece la subsistencia de un estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución y, de otro lado, rige por la ley nueva los derechos y obligaciones anexos a ese estado. Y el Tribunal desconoce el de hijas naturales adquirido por Arcelia y Dolores y niega los derechos que a tal estado corresponden ante la ley bajo la cual se abrió la sucesión de su padre.

En este sentido tiene singular pertinencia la cita del fallo de la Corte de 25 de noviembre de 1911 en el pleito en que se negaba a Gabriel Baena su calidad de hijo natural de Octavio Baena y en que se sostenía por los actores que, aunque quedase en pie esa calidad, la herencia no le correspondía al demandado, porque se la atribuían leyes posteriores a la época del reconocimiento y no las vigentes a la sazón de él. La Corte (G. J., Vol. XX, páginas 335 pie y 336 encabezamiento) dijo: ".... si el estado civil emanado de las relaciones de parentesco es, según los principios, un derecho adquirido; si por esta razón no puede ser desconocido por la ley posterior a su constitución, sin vicio de retroactividad en la ley, sería ilógico y contrario a esos mismos principios admitir que los derechos anexos a un estado civil, a la condición de cónyuge, de padre o de hijo legítimo, de padre o de hijo natural, conforme a la nueva ley, no han de reconocerse a los que en virtud de una ley anterior habían adquirido el mismo estado civil, aunque en condiciones diversas a las que la nueva ley exija para la constitución del mismo estado. Por este camino se llegaría fatalmente a la anulación completa de un estado civil que, no obstante, se reconoce como un hecho legalmente cumplido, como un derecho que hace parte de nuestro patrimonio, no ya como una cualidad durable a voluntad del legislador. El artículo 20 de la ley 153 de 1887 se opone a toda interpretación que conduzca a hacer ilusorio, en virtud de una ley nueva, el estado civil de las personas adquirido conforme a una ley anterior".

Bien se ve que en ese pleito ocurría que leyes posteriores al reconocimiento suprimieron el llamamiento herencial del hijo natural, vocación que sí establecían las leyes que regían a la fecha de aquél. En contraste con lo ocurrido en ese caso, sucede ahora que cuando Disiderio reconoció a sus hijas, testando como queda visto, el hijo natural no tenía por ley todo lo que le atribuye la ley 45 de 1936, bajo la cual murió él y, por ende, se abrió y se defirió su herencia. Pero este contraste no obsta a la conducencia y pertinencia de la cita de la sentencia que se dictó en aquel pleito, porque, mírese en una dirección o en la opuesta, los principios siguen siendo los mismos, y es a éstos a lo que se llama la atención cuando se traen a cuento los precedentes judiciales.

Admitido el cargo ha de infirmarse la sentencia recurrida y dictarse la que la reemplace (C. J., artículo 538);

Las razones expuestas a propósito del recurso adelantan la motivación del fallo de instancia, la que se completa con las siguientes consideraciones:

Conforme al artículo 20 de la ley 45 de 1936, bajo la cual falleció Desiderio y por ende se defirió su herencia, le suceden sus hijos naturales y su cónyuge y, no habiendo cónyuge sobreviviente, "la herencia corresponde íntegramente a los hijos naturales". Se recuerda que Cano no dejó más hijos ni ascendiente alguno.

El artículo 23 de esa ley 45 asigna a los legitimarios, a más de la mitad de este nombre, la cuarta de mejoras cuando son descendientes legítimos o hijos naturales del difunto o descendientes legítimos de éstos. Apenas habrá para qué hacer presente que en tales casos, es decir, cuando lo forzoso son esas cuotas, la libre disposición se reduce a la cuarta restante.

En tales circunstancias, aquellas tres cuartas corresponden por mitad a las dos hijas. Muerta Dolores, la representan sus hijos legítimos, de conformidad con los artículos 1041 a 1043 del C. C. y con el 1240 del mismo en su numeral 3º, según el cual, además, los hijos naturales por sí o representados por su descendencia legítima, son legitimarios.

El artículo 1274 de esta obra confiere la acción de reforma del testamento a los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, que es la legítima rigorosa o la efectiva, en su caso, según el artículo 1275, ibídem.

Entre los legados instituídos por el testador, los hay en favor de varias de las personas a quienes aquí se reconoce su calidad de legitimarios y que han de imputárseles a sus respectivas legítimas, por estarse dentro de la disposición general que al respecto contiene el artículo 1256 del C. C. No es aceptable, pues, la solicitud de que estos legados se les conserven adicional y separadamente. Habiéndose de imputar a las legítimas, si excedieren esos legados, hechas las proporciones del caso, de la mitad legitimaria, se imputarán a la cuarta de mejoras, y si no cupieren en ésta, el exceso se imputará a la de libre disposición con preferencia sobre los demás legados, pues esto es lo que manda ese Código en sus artículos 1251 y 1252.

Otra preferencia que ha de tenerse en cuenta es la correspondiente, al tenor del artículo 1420 del mismo, al legado de obras pías instituído en la cláusula 15 del testamento para la iglesia del Naranjal.

Todas estas prevenciones acerca de los legados obedecen a la acogida que tiene que darse a la demanda sobre su reducción, motivada ésta por confinarse esas asignaciones a la cuarta libre, y justificarse aquélla por el artículo 1433 del Código.

Queda así discriminado lo tocante a las súplicas de la demanda principal, despachadas favorablemente a las actoras, sin más salvedad que la ya anotada sobre imputación de sus legados.

Cuanto a las excepciones, se observa: resuelto el problema básico en la forma vista, no puede decirse que las demandantes carezcan de las acciones incoadas ni de personería para ejercitarlas; y si en estricta lógica pudiera entenderse que sólo declarada judicialmente su calidad de hijas naturales (la de Dolores y Arcelia) podían reputarse investidas de la acción de reforma, argumento contra el cual, en su caso, se opondría la economía procesal que sin duda autorizaría a incoar ambas acciones desde luego, se encuentra que sin necesidad de estudiar tan interesante detalle, por no ser el caso, es de rechazarse también la excepción de petición antes de tiempo, por la misma razón ya expuesta para rechazar la otra excepción aducida, esto es, porque la calidad de hijas naturales de Arcelia y Dolores se les reconoce como existente de antemano y ella las inviste de la acción de reforma, como ya se advirtió.

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 dictada por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el diez de octubre de mil novecientos cuarenta y uno y, revocando la del Juzgado del Circuito de Pitalito de veinte de mayo de mil novecientos cuarenta, falla este pleito así:

1º La señora Arcelia Cano de Calderón, legitimario del señor Desiderio Cano como su hija natural, debe llevar en la sucesión de este señor la cuota herencial correspondiente, la que en la partición de bienes respectiva se le cubrirá en legal forma.

2º A los hijos legítimos de la finada señora Dolores Cano de Calderón, en representación de esta señora, hija natural del señor Desiderio Cano, se les adjudicarán en esa participación los bienes que en la proporción respectiva correspondan al haber herencial que en esta calidad habrían correspondido a ella si viviese.

3º Queda así reformado el testamento de Desiderio Cano protocolizado en la Notaría de Garzón por instrumento número cuatrocientos diez y nueve (419), el trece de julio de mil novecientos treinta y siete.

4º De los legados instituídos en ese testamento, los asignados a legitimarios se imputarán y pagarán de conformidad con los artículos 1251, 1252 y 1256 del C. Civil, y los restantes se rebajarán a prorrata (artículo 1433, ibídem), dando al de la iglesia del Naranjal, determinado en la cláusula quince, la preferencia de que habla el artículo 1420 del mismo Código.

5º No hay lugar a hacer las demás declaraciones y condenaciones solicitadas en la demanda inicial de esta causa.

6º No están probadas las excepciones opuestas de ilegitimidad de la personería de las demandantes y de petición antes de tiempo.

7º 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 — Emilio Prieto H., Oficial Mayor en ppd.

ACCIONES DE NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO Y DE NULIDAD DE UNAS INSCRIPCIONES — VALORACION DE LA PRUEBA INDICIARIA — LITIS-CONSORCIO — APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA — FIRMAS CON FACSIMIL COLOCADAS POR UN REGISTRADOR EN INSTRUMENTOS PUBLICOS

1. Es bien sabido que cuando ocurre el fenómeno de la litis-consorcio necesaria pasiva, es decir, cuando la parte demandada está formada por dos o más personas, si un litis-consorte acepta las peticiones del actor y el otro u otros niegan y se oponen, los hechos fundamentales de la acción y el derecho invocado deben ser plenamente establecidos en el juicio para que la acción prospere. — 2. Es doctrina constante de la Corte que no ha sufrido la menor modificación, la de que cuando se trata de valorar y estimar la prueba indiciaria no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugna a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se deduce rectamente esto de las normas que modelan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 662 del C. J. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugna con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso. — 3. El registro de documentos públicos y privados es un acto solemne que requiere para su validez ciertos requisitos de forma que, cuando se omiten, entrañan la nulidad del acto. Mas siendo todas las nulidades de carácter taxativo, dado que entrañan una pena, y teniendo en cuenta las graves consecuencias que en ocasiones acarrean, la jurisprudencia se orienta cada vez más hacia un criterio de amplitud dentro de la órbita de acción que en cada caso le brinda la ley. Así, en materia de testamentos, cabe observar que el artículo 11 de la ley 95 de 1890 mitigó bastante el rigor de las normas anteriores al subrogar el artículo 1083 del C. C. y modificar los textos del 1073, 1080 y 1081. Consecuente con ese nuevo espíritu esta Corte ha venido elaborando su nueva doctrina en estas materias que se relacionan con la autenticidad y la fe que deben respetar actos como el testamentario y las inscripciones de los documentos en las oficinas de registro. Una de esas doctrinas es la expuesta en sentencia de casación del 10 de marzo de 1904, publicada en los números 1694 y 1696 de la *Gaceta Judicial*. Lo importante, lo fundamental es que el testamento sea auténtico, otorgado por el testador y exacto en su estructura; y lo fundamental en las inscripciones de documentos en las oficinas de registro es igualmente que ésta se haya realizado por el funcionario competente y que su contenido sea exacto y auténtico, para que surta los efectos que la ley le señala y reconoce. Aun aceptándose como plena prueba en el caso de autos, el dictamen grafológico y conviniéndose de acuerdo con su tenor que las firmas no son autógrafas sino estampadas con un facsí-

mil, tal circunstancia no le resta en este caso autenticidad a esos actos, dado que el Registrador los reconoce como oficiales y auténticos y que en rigor de verdad no falta la firma, cualquiera que haya sido la forma en que la estampa. Conviene la Corte en que los Registradores no deben usar este modo inapropiado para darles autenticidad a esas diligencias; pero colocada en frente de la realidad que arroja el proceso, debe adoptar un criterio interpretativo amplio y no ocasionar un grave trastorno social en aquella región con una interpretación rígida y estrecha del texto legal invocado, sobre todo cuando aparece alcanzado el objetivo primordial de la ley, que es asegurar la autenticidad de ese acto y conservarle la confianza que le otorga la fe pública.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

El actor señala como antecedentes de este negocio, los siguientes:

1. Por escritura número 138, de 9 de febrero de 1927, de la Notaría primera de Tunja, registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados de dicha ciudad, el 16 del mismo mes, en el libro 1º, Margarita Huertas y Amparo Gamba, celebraron contrato de permuta en el cual Margarita y Teotiste dijeron transferir a Amparo los derechos y acciones que les correspondían o pudieran corresponderles en la sucesión de su padre Ezequiel Huertas sobre los inmuebles determinados en el instrumento escriturario y Amparo dijo transferir a Margarita y a Teotiste los derechos y acciones que le correspondían o pudieran corresponderle en la sociedad conyugal con su esposo Ezequiel Huertas, ya como gananciales, ya como porción conyugal, como legado y como heredera testamentaria en otros inmuebles también determinados en la misma escritura.

2. Posteriormente Amparo Gamba, viuda de Ezequiel Huertas contrajo matrimonio en terceras nupcias con Luciano Moreno.

3. Luciano Moreno sin el consentimiento de Amparo vendió animales y otros bienes de ella, arrendó por varios asos terrenos que ella administraba y se apropió los dineros provenientes de las ventas y arrendamientos.

4. Amparo otorgó simuladamente a su sobrino Isidoro Pérez, la escritura número 61, de 13 de febrero de 1933, ante la Notaría segunda de Tunja y registrada el 18 del mismo mes, por la cual dijo vender los inmuebles alinderados en la citada escritura, comprendidos en los contratos de arrendamiento celebrados por su esposo Luciano Moreno.

5. Isidoro Pérez, faltando al compromiso adquirido con Amparo de devolverle la escritura de confianza número 61, que ella le había otorgado por instrumento notarial número 408, otorgado simuladamente en la Notaría primera de Tunja, el 11 de julio de 1933 y registrada el siguiente día, dijo vender a Pedro A. Corredor y a Cupertino Pérez, los inmuebles que había dicho comprar a esa mujer por la escritura 61.

6. Amparo Gamba de Moreno, el 16 de julio de 1933, ante la Notaría segunda de Tunja corrió escritura número 250 a favor de Pedro López Huertas. En tal instrumento Amparo dijo vender a López Huertas por la cantidad de seis mil pesos ($ 6,000.00), los derechos y acciones sobre toda clase de bienes, muebles, inmuebles, créditos activos, etc., que a Amparo puedan corresponder a título de gananciales en la sucesión de su finado esposo Ezequiel Huertas, cuyo juicio sucesorio se adelanta en el Juzgado Tercero del Circuito de Tunja, y como cuerpos ciertos los inmuebles alinderados al final de la enumeración hecha en esa escritura.

7. En la escritura 250, Amparo Gamba no dijo vender ni López H. dijo comprar los derechos y acciones que a Amparo correspondan y puedan corresponder como a cónyuge sobreviviente por gananciales en la sociedad conyugal ilíquida proveniente del matrimonio con Ezequiel Huertas.

8. En los días de otorgada la escritura 250, López Huertas firmó un documento en que hizo constar que había recibido de José Gregorio Gómez, Hipólito Cano y Ezequiel Huertas Moreno, determinadas cantidades de dinero y que las debía a dichos individuos.

9. Por escritura número 255, de 18 de julio de 1933, de la Notaría Segunda de Tunja, Pedro López Huertas, faltando a las promesas que había hecho a Amparo, dijo vender a José Gregorio Gómez y éste dijo comprar por dos mil pesos ($ 2,000.00), una cuota o parte equivalente a la mitad de los derechos y acciones que Pedro había comprado a Amparo por escritura número 250.

10. José Gregorio Gómez era depositario o secuestre de los bienes pertenecientes a la sucesión de Cándida Rubio y Ezequiel Huertas el día en que recibió la escritura número 255.

11. La escritura 250 otorgada por Amparo Gamba a Pedro López Huertas el 16 de julio de 1933, fue registrada en la oficina de Registro de dicha ciudad el 24 de julio del mismo año y el 24 de septiembre de 1935.

12. La escritura número 255, de 18 de julio de 1933, fue registrada en la Oficina de Registro de Tunja el 27 de julio de 1933.

13. Amparo Gamba al otorgar la escritura 250, no tuvo intención de vender ni de enajenar los bienes a que esa escritura sé refiere y Pedro López Huertas al recibir dicha escritura no tuvo intención de comprar ni de adquirir tales bienes.

14. Pedro López Huertas no pagó a Amparo Gamba los seis mil pesos ($ 6,000.00), señalados como precio del contrato a que se refiere la escritura 250.

15. La escritura 250, otorgada por Amparo Gamba a Pedro López H. y el contrato contenido en la misma escritura no fueron ni son reales y verdaderos sino simulados o de confianza.

16. El 31 de julio de 1933, el Juzgado Tercero del Circuito de Tunja reconoció a Pedro López Huertas como subrogatario de Amparo Gamba de acuerdo con la escritura número 250.

17. Desde julio de 1933 en adelante, Pedro López Huertas, Teotiste Huertas de López, Hipólito Cano, Margarita Huertas de Cano y José Gregorio Gómez han usufructuado los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal ilíquida proveniente del matrimonio de Ezequiel y Amparo Gamba, con exclusión de ésta.

18. Por escrituras públicas otorgadas desde 1934, en las Notarías de Tunja y Ramiriquí, en fechas distintas, Amparo Gamba dijo vender, e Hipólito Gamba, Tomás Pérez y Ezequiel Huertas Moreno dijeron comprar los mismos derechos y acciones por gananciales en la sucesión de Ezequiel Huertas, y a Hipólito y Tomás los mismos terrenos a que se refiere la escritura 250, lo que indica que dichos individuos consideraron **que la referida escritura era simulada o de confianza, lo mismo que el contrato en ella contenido.**

19. Amparo Gamba en escritura número 436, de 2 de junio de 1936, Notaría segunda de Tunja, y antes y después del otorgamiento de ese instrumento dijo y ha dicho en diferentes lugares y a varias personas que las escrituras otorgadas a Isidoro Pérez, a Pedro López Huertas y a los demás son simuladas o de confianza y que Pedro López no le dio en la fecha del otorgamiento de la escritura número 250 ni le ha dado después un solo centavo de la cantidad señalada como precio del contrato contenido en esa escritura.

20. Amparo Gamba a la muerte de su esposo Ezequiel Huertas quedó con una fortuna considerable por razón de gananciales en la sociedad conyugal proveniente del matrimonio con dicho señor Huertas.

21. No obstante esto, debido en mucha

parte al contrato contenido en la escritura 250, otorgada a Pedro López Huertas, Amparo Gamba vino a quedar en estado de completa miseria.

22. Pedro López Huertas ejecutó hechos e hizo declaraciones relacionadas con la simulación de la escritura 250 y con el contrato en ella contenido.

23. Al tener conocimiento de lo que ocurría, los Fiscales del Tribunal Superior de Tunja y el Personero del municipio de Tunja intervinieron en favor de Amparo ante el Juzgado Tercero del Circuito, que conoce de la sucesión de Ezequiel Huertas.

24. Es de fama pública en Soracá y en Tunja que fueron simulados y de confianza la escritura número 250 y el contenido en ella, lo mismo que las escrituras otorgadas por Amparo a Isidoro Pérez, Hipólito Gamba, Tomás Pérez y Ezequiel Huertas Moreno y los contratos a que dichas escrituras se refieren.

25. Por escritura número 436, Amparo Gamba vendió a Tobías Monroy la mitad de los derechos y acciones que le corresponden y puedan corresponderle por gananciales en la sociedad conyugal ilíquida proveniente de su matrimonio con Ezequiel Huertas.

El litigio

En libelo de 26 de abril de 1937, Tobías Monroy demandó en juicio ordinario a Amparo Gamba y a Pedro López Huertas y solicitó del Organo Judicial las siguientes declaraciones:

1ª Que los derechos y acciones que a título de gananciales corresponden y pueden corresponder a Amparo Gamba en la sociedad conyugal ilíquida proveniente del matrimonio de dicha mujer con Ezequiel Huertas y los demás bienes que Amparo dijo vender a Pedro López Huertas por la escritura número 250, no han sido realmente enajenados por el contrato contenido en tal escritura y por lo mismo no han salido del patrimonio de Amparo ni han pasado al patrimonio de Pedro López Huertas, sino que han permanecido y permanecen en el patrimonio de la mencionada señora.

2ª Subsidiariamente, que es nulo por falta de causa el contrato contenido en la escritura número 250.

3ª Para el caso de que no haga una de las dos anteriores declaraciones, subsidiariamente, que son nulas, por faltar la firma autógrafa del Registrador, las inscripciones originales hechas o las diligencias originales escritas o verificadas en los libros de la Oficina de Registro de Tunja, el 24 de julio de 1933, de la escritura número 250, y que a causa de esa nulidad los derechos y acciones por gananciales en la sociedad conyugal ilíquida proveniente del matrimonio de Amparo Gamba con Ezequiel Huertas y los inmuebles que fueron materia del contrato contenido en la referida escritura no salieron del patrimonio de la Gamba, ni pasaron al patrimonio de Pedro López Huertas, sino que permanecen en poder de Amparo Gamba.

4ª Que si se oponen a esta demanda los demandados paguen las costas del juicio.

La relación procesal sufrió una transformación en uno de los litis-consortes que forman la parte demandada, a virtud de la cual se reconoció como partes en el juicio a Ezequiel Huertas Moreno y a Tomás Pérez Gamba, como herederos de Amparo Gamba, quien había fallecido el 14 de junio de 1937.

El Juez del conocimiento, que lo fue el 2º Civil del Circuito de Tunja, puso fin a la controversia por medio de sentencia de 5 de junio de 1940, en la cual reconoció la súplica principal y en consecuencia declaró que los derechos y acciones que Amparo Gamba dijo vender a Pedro López Huertas por medio de la escritura número 250, de 16 de julio de 1933, no han sido realmente enajenados por el contrato contenido en tal instrumento y por lo mismo no han salido del patrimonio de Amparo, ni han pasado al patrimonio de Pedro. Declaró no probada la excepción perentoria de carencia de acción propuesta por la parte demandada y consideró

que no había lugar para hacer las declaraciones subsidiarias sobre nulidad absoluta del referido contrato y sobre nulidad de las tres inscripciones que del citado instrumento se hicieron en la Oficina de Registro de Tunja, por faltar la firma autógrafa del Registrador.

La sentencia acusada

Contra la anterior providencia interpuso apelación el apoderado judicial del demandado Pedro López Huertas y tramitada la segunda instancia le puso término el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en sentencia de 4 de marzo de 1941, en la cual revoca la de primer grado, con el fin de negar las peticiones primera y segunda del libelo, relativas a la declaración de simulación y de nulidad absoluta del contrato que reza la escritura 250 de 1933, para en su lugar declarar, como lo hizo, nulas las tres inscripciones del precitado instrumento, verificadas el 24 de julio de 1933 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Tunja. En el punto tercero de dicho fallo ordenó el Tribunal sacar copia de lo conducente y remitirlo al Juez Penal del Circuito de Tunja, para que inicie investigación criminal a efecto de esclarecer la responsabilidad en que haya podido incurrir Tomás Pérez Gamba al rendir las declaraciones que figuran en el proceso.

Para fundamentar su providencia hace el Tribunal una extensa y erudita exposición alrededor de los fenómenos de la simulación y de la nulidad absoluta, lo mismo que de la influencia que en la primera de estas dos figuras jurídicas tiene la **causa simulandi.** También estudia uno a uno los indicios que existen en el proceso respecto de la pretendida simulación y que a juicio de la parte actora son suficientes para evidenciar ésta, llegando el Tribunal a la conclusión de que tales presunciones, ni estudiadas individualmente cada una de ellas ni debidamente relacionadas entre sí, alcanzan a formar en el sentenciador la prueba plena y la necesaria convicción de que realmente el contrato atacado en este juicio y contenido en la escritura número 250 es efectivamente simulado, ni que los contratos anteriores a éste y contenidos en los instrumentos 61 y 408 de 1933 fueran igualmente simulados y constituyeran la **causa simulandi** del que ha sido motivo de la controversia. Fundado en tales razones y en la deficiencia probatoria del proceso, el sentenciador de Tunja niega la súplica principal relativa a la simulación del pacto celebrado entre Amparo Gamba y Pedro López Huertas, lo mismo que la primera petición subsidiaria sobre nulidad absoluta de la misma convención.

Para decretar, como lo hizo, la segunda súplica subsidiaria y declarar la nulidad de las tres inscripciones del título número 250 se fundó el Tribunal en que de la inspección ocular y examen pericial celebrado en los libros respectivos de la Oficina de Registro de Tunja se llegó a la plena demostración de que las firmas del Registrador de Tunja, señor Juan Salamanca Vargas, puestas al pie de las tres inscripciones de la escritura número 250, no eran autógrafas sino puestas con un facsímil que reproducía la firma del mencionado funcionario.

Agrega el Tribunal, como motivo de su resolución sobre nulidad de tales inscripciones, que los peritos grafólogos, en un interesante estudio realizado desde los puntos de vista grafológicos, grafométricos y caligráficos rindieron un dictamen claro y preciso, cuya parte pertinente es de este tenor: "Las firmas que dicen "Juan Salamanca Vargas" en los libros de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tunja, al pie de las partidas números 186 del libro 1º par de 1933; 164 del libro 2º del mismo año y 33 del libro de causas mortuorias del mismo año, correspondientes a las inscripciones a que dio lugar la escritura número 250 de 16 de julio de 1933 de la Notaría segunda de la ciudad de Tunja, no fueron puestas de puño y letra del señor Juan Salamanca Vargas o, lo que es lo mismo, no son autógrafas de la persona de dicho nombre,

sino estampadas o impresas con su sello. Dejamos en estos términos cumplida nuestra misión; y rogamos respetuosamente al señor Juez que se sirva considerar como parte integrante de este dictamen las dos hojas de papel común que acompañamos, porque ellas tienen el mérito de contener los datos grafométricos originales que obtuvimos el día de la inspección ocular, sobre las firmas examinadas en presencia de los asistentes a ella. Hacemos esta petición porque es para nosotros muy satisfactorio demostrar que los datos numéricos contenidos en esos apuntes fueron exclusivamente la base para la ejecución de los gráficos y no otras cifras que pudieran creerse acomodaticias, en vista de la fidelidad de los gráficos y de su valor probatorio".

Por los antecedentes relatados concluye el Tribunal que tales inscripciones están viciadas de nulidad al tenor del artículo 2664 del C. C., que interpreta restrictivamente en el sentido de que falta la firma del Registrador y que tal hecho sí induce nulidad de las correspondientes diligencias.

Recurso de casación

Lo interponen ante esta Sala ambas partes litigantes, la actora por haberse negado las dos primeras peticiones del libelo, relativas a la simulación y nulidad absoluta de la venta, y la demandada por haberse decretado en el fallo acusado la nulidad de las inscripciones del título número 250. Se pasan a estudiar en su debido orden.

Recurso del demandante. La acusa por el motivo primero de los consagrados en el artículo 520 del C. J., por considerarla violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, violación que proviene de apreciación errónea de la propia demanda y de falta de apreciación o apreciación equivocada de determinadas pruebas. Los cargos pueden sintetizarse así:

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

El Tribunal incurre en este error cuando asegura que para descubrir la inexistencia de los contratos estipulados en las escrituras números 61 y 408 de 1933 el actor se vale de la escritura número 250, que se refiere a un contrato también inexistente; error de apreciación que consiste en considerar que aquellos contratos sirvieron de medio para dar nacimiento al último y que el pleito se refiere a la inexistencia de aquellos contratos que para nada se han tenido en cuenta en las declaraciones pedidas por el actor y que sólo figuran como hechos antecedentes para establecer un indicio de simulación del contrato que figura en el instrumento 250. Por lo cual al hacer tal exigencia el Tribunal violó directamente los artículos 1757 y 1760 del C. C. y 630 y 635 del C. J.

Considera la Sala de Casación que no existe la alegada equivocación en la apreciación del libelo de demanda. En la relación de los hechos fundamentales se dice que Luciano Moreno, tercer marido de la Gamba, dispuso de arrendamientos, de semovientes y de otros bienes de su mujer, por lo que ésta para defenderse de los malos manejos de su cónyuge simuló vender a Isidoro Pérez los bienes relacionados en la escritura número 61 de 1933; pero como tampoco éste correspondiera a la confianza, porque simuló a su vez la venta de los mismos bienes a Pedro A. Corredor y Cupertino Pérez mediante la escritura 408 de ese mismo año, entonces la Gamba "para defenderse de Isidoro Pérez, Pedro A. Corredor y Cupertino Pérez y confiada en promesa que Pedro López Huertas le hizo de ayudarla en esa defensa" optó por simular la venta a este señor de los bienes relacionados en la escritura 250, que contiene el contrato demandado por simulación y nulidad.

De manera que si el actor daba como móvil de la simulación del contrato que recoge la escritura 250 el de utilizar al supuesto comprador López Huertas como

elemento para obtener la declaratoria de simulación de los dos contratos anteriores (escrituras 61 y 408), era pertinente que el Tribunal se detuviera a estudiar lo relativo a la existencia de esos pactos, que al decir del actor y recurrente servían de antecedentes, de móvil y de **causa simulandi a la convención** del título 250, cuya declaración de simulación y en subsidio de nulidad absoluta se suplica en este proceso. Sin que al conducirse de este modo el sentenciador de Tunja incurriera en la pretendida equivocación, ni incorporara en la **causa petendi** lo relativo a la existencia de esos dos pactos anteriores.

En forma tal que sólo porque el mismo actor señaló en la relación de hechos de la demanda esas dos convenciones como antecedentes y como **causa simulandi** de la compraventa que reza el instrumento 250 fue por lo que el Tribunal exigió en su fallo acusado la comprobación de la existencia de esos dos pactos, llegando a la conclusión de que no se había demostrado siquiera su celebración con las copias de las dos escrituras mencionadas, que no fueron agregadas a los autos; y fue por esa misma circunstancia y por la fatal relación de causa a efecto que indicó el actor, por lo que igualmente estudió de manera tangencial el sentenciador tales contratos para llegar a la conclusión de que no se había demostrado la simulación de los pactos contenidos en las escrituras 61 y 408; ni menos que esa pretendida simulación fuera el móvil o la **causa simulandi** que determinó a Amparo Gamba a constituír a Pedro López Huertas como supuesto adquirente de esos mismos bienes, con la promesa de que demandara aquellas otras simulaciones anteriores.

Por lo expuesto no resulta cierto el error que en la interpretación de la demanda le achaca el recurrente al Tribunal. Lo que dicho sentenciador advierte con la debida precisión y método es que habiéndose hecho consistir por el demandante la **causa simulandi** del contrato atacado en la necesidad que confrontó la Gamba de defenderse de los efectos de los contratos anteriores, también simulados, celebrados por ella con Isidoro Pérez y por este último con Pedro A. Corredor y Cupertino Pérez, para lograr lo cual convirtió a López H. en adquirente simulado de esos mismos bienes, le era obligatorio procesalmente al demandante comprobar debidamente esa necesidad y aquella primera simulación, por ser elemento estructural de la **causa simulandi**; conclusión ésta que lejos de constituír un error se conforma a los términos y fundamentos de hecho del libelo de demanda.

No existiendo tal error de hecho manifiesto tampoco existe indebida aplicación de los artículos 1750 y 1767 del C. C. y 630 y 635 del C. J. No es fundado el cargo y debe rechazarse.

II. Error de derecho en la apreciación de las pruebas de los distintos indicios demostrativos de la simulación.

Afirma el recurrente que el fallador omitió apreciar las declaraciones de Roberto Huertas y Arturo Corredor, conducentes a demostrar la confesión extrajudicial de Pedro López Huertas acerca de la simulación de la venta que le hizo la Gamba por medio del instrumento 250; que por no haber apreciado aquellos testimonios llegó a la falsa conclusión de que no estaba probada esa confesión y por esta vía se violaron los artículos 697 y 699 del C. J.

La Corte considera:

La sentencia del Tribunal sí estudió y apreció el testimonio de Arturo Corredor y lo hizo desde el doble punto de vista de prueba directa de la simulación y de prueba de confesión extrajudicial de López Huertas. Respecto de este último extremo, que es el señalado por el recurrente, dice el sentenciador en su fallo acusado: "Es más sorprendente aún que el comprador López Huertas, sin motivo plausible, contara en la plaza de Soracá al mismo privilegiado testigo del hecho casual, algún tiempo después, que efectivamente el contrato era tan sólo aparente; y no deja de llamar la atención el que según Corredor, fue Pedro López quien se acercó a Amparo Gamba a proponerle y pla-

nearle el convenio; en tanto que Ezequiel Huertas, en su desestimada declaración, pretendió acreditar que fue él — Huertas — quien comisionado por Amparo Gamba, fue en busca de López Huertas a hacerle las proposiciones de simulación".

La anterior transcripción pone de resalto lo infundado del cargo de que no se apreció el testimonio de Arturo Corredor. En cuanto a la declaración de Roberto Huertas Moreno se observa que en realidad esa deposición testifical no fue directamente estudiada y apreciada en el fallo acusado; pero tal omisión no conduce a ninguna rectificación que deba hacerse a las conclusiones del Tribunal, por aparecer plenamente comprobado en el proceso que el susodicho testigo es hermano legítimo de Ezequiel Huertas Moreno, quien es parte en este pleito y asumió luégo el papel de demandado como heredero testamentario de Amparo Gamba. Por tanto, no era testigo hábil para declarar por estar impedido conforme a lo preceptuado en el artículo 669 del C. J. y la falta de apreciación de su testimonio no puede conducir a otra decisión distinta respecto de la cuestión controvertida.

No es fundado el cargo. Se rechaza.

III. Errores de derecho en la apreciación de las pruebas directas de la simulación.

Se hace consistir estos errores en que el Tribunal al hacer el estudio de las pruebas directas de la simulación desconoce el valor probatorio de las manifestaciones hechas por Ezequiel Huertas Moreno y los testimonios de Tomás Pérez Gamba y Arturo Corredor, fundándose en razones legales que no se justifican, puesto que siendo Huertas y Pérez Gamba partes en este juicio, como herederos de la Gamba, la declaración hecha por ellos de que la escritura 250 era simulada equivale a una confesión y debe estimarse como prueba, por lo cual a sus declaraciones no se les puede aplicar, como lo hizo el Tribunal, las reglas sobre testimonios. Estima que al proceder así incurrió el Tribunal en error de derecho, que lo condujo a violar los artículos 604, 606 y 607 del C. J.

La Corte considera:

Ya se dijo al estudiar el cargo anterior que el Tribunal tuvo a bien desestimar el testimonio de Arturo Corredor fundándose en razones de orden jurídico que atañen al mérito que la ley reconoce a este medio probatorio, en especial cuando se está en presencia de un solo testigo. Para rechazar esa declaración dijo el sentenciador de Tunja lo siguiente: "La declaración de Arturo Corredor es única respecto del momento y demás circunstancias en que dice haber conocido el contrato entre Arturo Gamba y Pedro López Huertas. No presta mérito probatorio, al tenor del artículo 696 del C. J., pero tampoco constituye una presunción de verdad, dada la materia sobre que versa y las circunstancias de casualidad que enmarcan el hecho atestiguado... Verdaderamente es sorprendente que sólo la casualidad haya permitido al testigo acercarse a los contratistas en los momentos precisos en que éstos, en la calle pública, conversaban sobre la forma que deberían dar al contrato ficticio".

Con vista de tales antecedentes, estima la Sala que no ha incurrido el Tribunal en error de derecho en la apreciación del testimonio de Corredor, y no hay motivo fundado para rectificar en casación la justipreciación que de tal elemento probatorio se hizo en el fallo acusado (artículo 696 del C. J.).

En lo que atañe a la estimación de los dichos de Huertas Moreno y Pérez Gamba, tampoco incurrió el fallador de segundo grado en error de derecho al rechazarlos, por las razones que pasan a exponerse.

Huertas Moreno y Pérez Gamba vinieron a ser interesados en el curso del proceso, como herederos testamentarios de la demandada Amparo Gamba. Con esa nueva investidura asumieron entonces el carácter de opositores, en unión del otro demandado Pedro López Huertas, en la condición de litis-consortes pasivos. La manifestación hecha por ellos de que la compraventa atacada es simulada no cons-

tituye prueba testimonial, por esa circunstancia, ni tampoco es propiamente una confesión de la parte demandada sino únicamente el asentimiento que ellos dan como interesados de la parte demandada a las pretensiones del actor y la aceptación de que la acción está jurídicamente fundada.

Pero es bien sabido que cuando ocurre el fenómeno de la litis-consorcio necesaria pasiva, es decir cuando la parte demandada está formada por dos o más personas, como ocurre en este litigio, si un litis-consorte acepta las peticiones del actor y el otro u otros la niegan y se oponen, los hechos fundamentales de la acción y el derecho invocado deben ser plenamente establecidos en el juicio para que la acción prospere. (Véase Chiovenda. — Derecho Procesal Civil, Tomo II, página 618). De manera que por este aspecto no le era posible al Tribunal aceptar las manifestaciones de los dos demandados Huertas y Pérez como reconocimiento jurídico indiscutible de la acción intentada, con prescindencia de la actitud y de los derechos del otro opositor López Huertas, y condenar a éste sin haber sido oído y vencido en este proceso.

Pero hay algo más: el Tribunal expone en su fallo los motivos muy fundados de orden ético y jurídico que lo obligaron a desechar ese reconocimiento de la acción por parte de los demandados. Así se expresa el fallo acusado en casación: "Para el Tribunal, por otra parte, la veracidad de Pérez Gamba y de Huertas Moreno, está en tela de juicio dada la actitud que ellos han asumido en este proceso: el primero incurrió en francas contradicciones en las dos exposiciones juramentadas que atrás se copiaron, en una de las cuales no vacila en declarar que había rendido en posiciones extrajudiciales otra declaración contradictoria a la que en ese momento exponía, influenciado por consejos de tercera persona. Ese declarante fue tachado, además, por el mismo actor: en esta instancia, poco antes de que Pérez Gamba presentara en compañía de Huertas Moreno el alegato de conclusión, por medio del cual reconoce la acción. Las contradicciones en que aparece haber incurrido este declarante determinan al Tribunal a ordenar que por el funcionario competente se inicie la correspondiente investigación criminal".

"Huertas Moreno se imputó a sí mismo el cargo —por cierto no comprobado en autos— de haberse dejado comprar por mil pesos para la celebración del contrato Gamba-López Huertas, encubriendo la simulación que, según él, afecta a ese pacto, y derivando de su ilícito proceder, a sabiendas (así lo dice), ventajas lesivas del patrimonio de Amparo Gamba, de quien se manifiesta sobrino, a quien sucedió testamentariamente a título universal, y a quien hoy representa, con tal carácter, en este litigio. Tal auto-imputación —cierta o no, mas en ningún caso establecida en el proceso— revela que las condiciones de honorabilidad de Huertas Moreno no son precisamente las más propicias para dar crédito a sus afirmaciones; quien afirma sin reatos que es capaz de venderse y que efectivamente se ha hecho culpable de venalidad, no puede pretender con su dicho perjudicar los intereses de terceros cuya honorabilidad no ha sido quebrantada con medios probatorios de eficacia convincente, como sucede en el caso de Pedro López Huertas".

"Desestima el Tribunal, en consecuencia, las declaraciones de reconocimiento de la acción y las atestaciones que en posiciones y en declaraciones han rendido los memorados sujetos".

Lo expuesto demuestra con lujo de argumentación que el Tribunal no incurrió en errores de derecho en la estimación de los dichos de Huertas y de Pérez y no hubo, por lo tanto, violación de los artículos 604, 606 y 607 del C. J. Se rechaza el cargo.

IV. Error de derecho en la apreciación de los indicios individualmente considerados.

Hace el recurrente, al formular este cargo, una extensa y pormenorizada exposición para sostener la tesis de que el

Tribunal incurrió en numerosos errores manifiestos de hecho al estudiar y apreciar los nuevos indicios que, a su decir, concurren en el proceso a evidenciar la simulación de la compraventa celebrada entre Amparo Gamba y López Huertas. Termina su acusación, por este aspecto, con las siguientes conclusiones:

"Y como el Tribunal menospreció estos hechos y su prueba, erró de hecho y también en derecho con menoscabo de las disposiciones de los artículos 632 del C. J., que fija el valor probatorio acerca de su contenido de los documentos públicos; del 697 de la misma Obra, que da valor probatorio a los testigos múltiples en las circunstancias allí expresadas; y del artículo 662 del Código citado, que determina el valor probatorio de las pruebas incompletas o indicios".

Se considera:

No halla la Corte en el largo estudio que hizo el sentenciador de lós nueve hechos indiciarios motivo legal y fundado para aceptar que se hubiera incurrido en errores evidentes de hecho y errores de derecho en su apreciación y estimación. El Tribunal los analiza a espacio, uno a uno, para fundamentar su decisión de que ninguno de ellos llega a constituír por sí solo, prueba plena de la simulación, por no revestir el carácter de necesarios, graves, precisos y concordantes con el hecho litigioso.

Y en estas condiciones no podía equivocarse el fallador de Tunja al desestimarlos, como lo hizo, porque es doctrina constante de la Corte, sin que esta jurisprudencia haya sufrido la menor modificación, que cuando se trata de colocar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugna a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se deduce rectamente esto de las normas que modelan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 662 del C. J. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugna con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso.

No existen los pretendidos errores de hecho y de derecho en la estimación de los indicios. Se rechaza el cargo.

V. Errores de derecho en la apreciación del conjunto de los indicios.

Sostiene el recurrente al formular este cargo que no solamente se incurre en apreciación errónea sino en error de derecho cuando "el sentenciador estudia separadamente varios indicios y los rechaza porque aisladamente son insuficientes, pero sin examinar si con una debida coordinación y análisis todos juntos suministran una suficiente convicción". Y agrega luégo: "Todos estos indicios, apreciados en su conjunto, demuestran la simulación del contrato de que aquí se trata, dado que es inverosímil que en tratándose de un contrato real, verdadero o efectivo, ambos contratantes confiesen que es simulado". Considera violado por este concepto el artículo 665 del C. J., según el cual los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí.

Observa la Sala que en realidad el Tribunal se abstuvo de hacer consideraciones especiales y pertinentes sobre esta cuestión y de estudiar la conexidad posible de los diversos indicios, a efectó de examinar si existe entre ellos la debida coordinación y armonía suficiente para suministrar todos juntos la convicción respecto de la existencia de la simulación.

Pero conviene anotar que el Tribunal, en este caso, sí estudió individualmente cada una de las presunciones que se desprenden del haz probatorio hasta considerar, como resultado de ese examen, que ninguna de ellas revestía el carácter de necesarias, graves, precisas y concordantes con el hecho litigioso, hasta el extremo de producir la convicción judicial plena de su existencia.

En forma tal que después de ese examen minucioso de cada uno de los indicios,

no puede deducirse error evidente de hecho ni de derecho de la ausencia de ese estudio de conjunto, dado que la prueba indiciaria en sí misma sí fue examinada y justipreciada en el fallo acusado y bien pudo presumir el Tribunal que si ninguno de los indicios, individualmente considerados, constituía prueba suficiente tampoco podía desprenderse esa evidencia judicial del estudio relacionado de todos ellos.

Otra cosa sería que el Tribunal hubiera considerado que uno o varios indicios tenían el carácter de necesarios o siquiera conexos con el hecho litigioso y luégo los desestimara sin relacionarlos debidamente. Dentro de tal hipótesis bien podía haber un posible fundamento para infirmar el fallo, dado que el artículo 665 del C. J. impone el deber de reconocerles valor probatorio en esas especiales circunstancias. Pero habiéndose calificado los indicios en su individualidad y hallándose insuficientes para la demostración de la simulación, no habría base legal para que la Corte, en esa precaria situación procesal, llegara a quebrar la sentencia sometida a su estudio, por el simple hecho de una omisión en la apreciación coordinada de los indicios.

Pero esta conclusión no quiere decir que la Corte rectifique su doctrina anterior, que tiene carácter general y que aparece sistematizada en varios fallos, sobre todo en el de casación de 30 de octubre de 1935 (G. J. números 1907 y 1908, páginas 317 y sigs.), dado que se trata de casos procesales diversos. Porque conviene advertir que si la Sala, en este recurso, entrara a estudiar y apreciar de conjunto los indicios, también tendría que llegar a las mismas conclusiones del Tribunal y decidir que al armonizarlos no alcanzan a producir tampoco la plena convicción judicial respecto de la simulación. De manera que en el peor de los casos lo pertinente es señalar la omisión del sentenciador pero sin casar el fallo, porque se llegaría a idénticas conclusiones y entonces sería inoficioso volver a resolver lo mismo.

No es fundado el cargo. Se rechaza.

Recurso del demandado López Huertas

Acusa el fallo del Tribunal por el primero de los motivos señalados en el artículo 520 del C. J. y lo hace consistir en haber aplicado el sentenciador indebidamente al caso del pleito el artículo 2664 del C. C.; por haber violado el principio superlegal de la protección a la buena fe; por violación del principio superlegal que obliga a las autoridades a mantener el orden público y por haber violado directamente el artículo 756 del C. C.

En sentir del recurrente por esta vía errónea, que hace consistir en la indebida apreciación de las pruebas constituídas por la inspección ocular, por el dictamen y por el reconocimiento que el Registrador Salamanca Vargas hizo de sus firmas, llevó al Tribunal a la aplicación indebida del artículo 2664 del C. C., disposición que sólo es aplicable al caso de que al pie de la respectiva inscripción del instrumento no exista firma alguna, es decir, el conjunto de letras que corresponda por su significado y caracteres gráficos a la firma del Registrador.

La Corte considera:

Cuestión de hecho.—El actor Monroy suplicó subsidiariamente la nulidad de las tres inscripciones de la escritura número 250, realizadas en la Oficina de Registro de Tunja, fundándose en los hechos de que esas inscripciones no fueron firmadas por el Registrador Juan Salamanca Vargas; que las firmas que aparecen al pie de las referidas inscripciones fueron puestas con un sello o facsímil, y que esas firmas, por lo tanto, no son autógrafas del mencionado funcionario y no deben ser admitidas como tales, para los efectos del artículo 2664 del C. C.

Se hizo una inspección ocular en los libros respectivos de la Oficina de Tunja y el Juez de la causa observó "algunas diferencias que indican que las primeras... fueron puestas con estricta uniformidad en todos los ángulos que las componen como si hubieran sido puestas con un sello o algo semejante, al paso que las se-

gundas siguen las sinuosidades naturales de las firmas autógrafas".

Por su parte los peritos grafólogos, en el dictamen por ellos rendido al practicarse la inspección ocular, concluyen así: "Las firmas que dicen 'Juan Salamanca Vargas' en los libros de la Oficina de Registro de Tunja... fueron puestas de puño y letra del señor Juan Salamanca Vargas o, lo que es lo mismo, no son autógrafas, sino estampadas o impresas con un sello".

En el expediente figura copia auténtica de la escritura número 477, de 18 de junio de 1936, Notaría 2ª de Tunja, mediante la cual fue protocolizada la diligencia de reconocimiento hecha por el señor Juan Salamanca Vargas de las firmas que aparecen al pie de las partidas de inscripción de la escritura número 250, protocolización que el demandado acompañó como prueba a la contestación de la demanda y que no ha sido tachada de falsedad por el actor. El carácter de Registrador de Salamanca Vargas tampoco ha sido negado ni discutido en el juicio.

En esa diligencia el Registrador Salamanca Vargas reconoce como auténticas y evidentes las tres inscripciones del instrumento 250 y al finalizarse expresa así: "Estas inscripciones son ciertas, tomadas de escrituras también ciertas y no falsificadas y las firmas que al pie de cada una de ellas aparece fueron puestas por el suscrito que estaba aún vivo, que sabía escribir y que no rogó a nadie que se las pusiera".

El Tribunal, después de apreciar estas diligencias probatorias, se expresa así en su fallo: "Y como el artículo 2664 del C. C. dice en su parte final 'pero la falta de firma del Registrador sí induce nulidad en la diligencia de registro en que incurriera la falta', se llega por lógica conclusión a que el facsímil estampado con sello al pie de una escritura no es firma y la diligencia queda viciada de nulidad".

Cuestión de derecho.—A.—El registro o inscripción de documentos públicos y privados es sin duda un acto solemne y requiere para su validez de ciertos requisitos de forma que cuando se omiten entrañan la nulidad del acto, en determinados casos taxativamente señalados por nuestra ley civil. La ley fija y determina la manera de surtir esta formalidad, porque su fiel y exacto cumplimiento mira especialmente a fenómenos tan importantes como son el de la tradición jurídica del dominio de bienes raíces, las sucesivas transmisiones de un mismo inmueble, el orden sucesoral, la liquidación de sociedades conyugales, etc.

Mas siendo todas las nulidades de carácter taxativo, dado que entrañan una pena, y teniendo en cuenta las graves consecuencias que en ocasiones acarrean, la jurisprudencia se orienta cada vez más hacia un criterio de amplitud dentro de la órbita de acción que en cada caso le brinde la ley.

Así, en materia de testamentos, caso por su índole y naturaleza muy similar al que aquí se estudia, cabe observar que el artículo 11 de la Ley 95 de 1890 mitigó bastante el rigor de las normas anteriores al subrogar el artículo 1083 del C. C. y modificar los textos del 1073, 1080 y 1081.

Consecuente con ese nuevo espíritu esta Corte ha venido elaborando su nueva doctrina en estas materias que se relacionan con la autenticidad y la fe que deben prestar actos como el testamentario y las inscripciones de los documentos en las oficinas de registro. Ya dijo que "el espíritu de la ley que exige, y no como indispensable, la firma del testador en el testamento, no puede ser otro que el de que ese documento, que ha de producir sus efectos después de la muerte de aquél, lleve consigo una señal inequívoca de su autenticidad". Y más adelante agregó: "El concepto jurídico de la firma por virtud de la cual el testador autoriza el testamento no debe buscarse, ni en la sola materialidad de los caracteres que la forman, ni en el solo propósito de dar autenticidad al testamento. Es necesario combinar esos elementos". (Casación, 10 de marzo de 1904. J. de la C., Tomo I, números 1694 y 1696).

Muy fundada y conveniente es esta interpretación que de los textos legales ha-

ce la Corte, porque lo que se propone el legislador, ante todo, es presumir de toda alteración, mixtificación o falsedad esos actos y asegurar su fiel autenticidad, para evitar graves perturbaciones en la vida social. Lo importante, lo fundamental es, pues, que el testamento sea auténtico, otorgado por el testador y exacto en su estructura; y lo fundamental en las inscripciones de documentos en las oficinas de registro es igualmente que ésta se haya realizado por el funcionario competente y que su contenido sea exacto y auténtico, para que surta los efectos que la ley le señala y reconoce.

B.—Si Salamanca Vargas reconoce en diligencia protocolizada que las tres inscripciones de la escritura número 250 fueron hechas por él como Registrador de Tunja, calidad ésta que no ha sido puesta en duda; se expresa que son auténticas, y agrega que las firmas son puestas por él, está asegurada y garantizada la autenticidad de esos actos oficiales, se les ha presumido de toda adulteración o falsedad y se ha alcanzado el resultado fundamental perseguido por el legislador de darles la protección que le reconoce la fe pública. Y esto es así porque la fe que merecen esas diligencias estriba no tanto en formalidades destinadas a asegurársela, tales como la firma del registrador, como en la confianza que por ministerio de la ley se halla depositada en él. Así lo aceptó esta Sala en reciente sentencia de 8 de abril de 1942, aún no publicada en la Gaceta Judicial.

En consonancia con estos principios de hermenéutica debe interpretarse el artículo 2664 del C. C. y aceptarse que si según ese texto lo que induce nulidad es la "falta de la firma del registrador", en el caso de autos no falta esa firma desde luego que Salamanca Vargas reconoce y acepta que hizo esas inscripciones, que son fieles y exactas en su contenido y hasta agrega que las firmas que esas diligencias aparecen fueron puestas por él, que viene a ser la cuestión realmente controvertida en el proceso.

El Código Civil dice en su artículo 2595: "Son formalidades sustanciales en las escrituras públicas, cuya falta invalida el instrumento, sin perjuicio de los motivos legales de nulidad de los actos o contratos que pasan ante los Notarios, los siguientes: ... y las firmas enteras de los testigos instrumentales y del Notario".

Y la Ley 57 de 1887 en su artículo 333 dice: "No se anularán los instrumentos públicos por la omisión de las formalidades de que habla el artículo 2595 del C. C. adoptado, cuando sean conocidos el Notario ante quien se otorgaron, las personas que intervinieron como otorgantes, aceptantes y testigos, y sean suyas las firmas, aunque no sean enteras".

Esta reforma que claramente señala la veracidad del Código, concurre a reforzar la doctrina jurisprudencial que aquí se expone, no sólo por la tendencia de la innovación en sí, sino también por la similitud tan completa que, desde los puntos de vista pertinentes, hay entre Notario y Registrador, como guardianes de la fe pública.

Aún aceptándose como prueba plena el dictamen grafológico y conviniéndose de acuerdo con su tenor, que tales firmas no son autógrafas sino estampadas con un facsímil, tal circunstancia no le resta en este caso autenticidad a esos actos, dado que el Registrador los reconoce como oficiales y auténticos y que en rigor de verdad no falta la firma, cualquiera que haya sido la forma en que la estampara. Conviene la Corte en que los Registradores no deben usar este modo inapropiado para darle autenticidad a esas diligencias; pero colocada enfrente de la realidad que arroja este proceso, debe adoptar un criterio interpretativo amplio y no ocasionar un grave trastorno social en aquella región con una interpretación rígida y estrecha del texto legal invocado, sobre todo cuanto aparece alcanzado el objetivo primordial de la ley, que es asegurar la autenticidad de ese acto y conservarle la confianza que le otorga la fe pública.

Se deduce de lo expuesto que se ha interpretado equivocadamente el artículo 2664 del C. C., y que esa norma ha sido violada en este juicio. Se hace necesario casar parcialmente el fallo acusado, con

el objeto de reformar el punto 2º de las declaraciones contenidas en él y en su lugar decretar que no es el caso de hacer la declaración suplicada, relativa a la nulidad de las inscripciones tántas veces mencionadas.

Fallo

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el 4 de marzo de 1941, con el exclusivo objeto de reformar la declaración segunda de su parte resolutiva, que quedará así:

No es tampoco el caso de decretar la nulidad de las inscripciones de la escritura número 250, de 16 de julio de 1933, Notaría 2ª de Tunja, verificadas el 24 de julio del mismo año en los Libros 1º par, 2º y 33 de causas mortuorias.

En todo lo demás queda en pie el fallo mencionado.

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.

CUENTAS

La sentencia absolutoria guarda siempre concordia con lo pedido en la demanda.

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

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

Origen del litigio

El apoderado judicial de Nicasia Avila v. de Mora, Joaquín, José María, Jofefa, Temilda de Jesús, María de Jesús, Ana Silvia y María del Carmen Mora Avila, demandaron, ante el Juzgado del Circuito de Guateque al señor Angel María Medina, para que previos los trámites de un juicio de cuentas, se le condenara a rendir las correspondientes en su carácter de secuestre de varios bienes pertenecientes a la doble sucesión de José María Mora y José Miguel Mora Avila.

No se opuso el demandado a la acción intentada, y en consecuencia el Juez ordenó que rindiera las cuentas que se le exigían, dentro del término de tres meses. Medina las presentó. De ellas se corrió traslado al demandante quien las objetó, objeciones que no fueron aceptadas por el demandado, por lo cual se adelantó el correspondiente juicio ordinario de que habla el artículo 1132 del Código Judicial. El Juez del conocimiento, en su sentencia respectiva, declaró fundadas varias objeciones, infundadas otras y condenó en costas al demandado. Ambas partes apelaron y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en sentencia de 20 de agosto de 1941 falló, declarando fundadas algunas objeciones, infundadas otras e improcedentes las restantes y condenó al señor Angel María Medina M. a pagar:

"Quinto.—Condénase al señor Angel María Medina M., a pagar un saldo de mil cuatrocientos catorce pesos con setenta y dos centavos ($ 1.414.72), procedente de sus cuentas como secuestre de varios bienes de la sucesión conjunta de los causantes José María Mora B. y José Miguel Mora Avila, pago que se hará a los demandantes Nicasia Avila v. de Mora, Joaquín y José María Moras Avilas, Josefa, Temilda de Jesús, María de Jesús, Ana Silvia y María del Carmen Moras Avilas como representantes de la sucesión en referencia. Este saldo se deduce sólo por concepto de capitales recibidos por dicho señor Angel María Medina M., durante el ejercicio del cargo de secuestre en referencia". Este pago se verificará por el demandado quince días después de ejecutoriada la sentencia y no se hizo condenación de costas en ninguna de las instancias, quedando así reformada la sentencia apelada.

Recurso

El apoderado del demandado interpuso el correspondiente recurso de casación, que hoy se decide por estar ajustado a normas.

Como causales de casación se alegan la 1ª y la 2ª de las señaladas en el artículo 520 del Código Judicial.

Por razón de método ha de principiarse el estudio por la segunda causal invocada. Ella se hace consistir en que el Tribunal se abstuvo de conocer de las cuentas relacionadas con el mandato especial conferido por los demandantes al señor Medina, siendo de su competencia y habiéndolo declarado así en el fallo.

El sentenciador efectivamente declaró improcedentes las objeciones distinguidas con los números 23, 24 y 25 fundándose en que el señor Medina no estaba obligado a rendir cuentas sino en su condición de secuestre respecto de los bienes que en ese carácter recibió, pero no respecto de los bienes que hubiera podido administrar como mandatario o agente oficioso, así se dijo expresamente en la sentencia del Tribunal, como puede verse por estos apartes:

"De suerte, pues, que en verdad las cuentas que se le exigen al demandado Medina dicen relación únicamente a su calidad de secuestre de los bienes sucesorales de los causantes Mora, y no a calidad de mandatario o de agente oficioso de alguno o de varios de los interesados en aquella mortuoria. En el libelo de demanda no hay hecho alguno que diga relación a que el señor Medina haya asumido el carácter de mandatario de los herederos o de agente oficioso".

En los fundamentos de la demanda no hay ningún hecho que se relacione con el mandato y agencia oficiosa del señor Angel María Medina, por el contrario el hecho undécimo afirma que aquél no ha rendido las cuentas correspondientes a las cosas secuestradas.

Si la demanda tuvo por única finalidad que Medina rindiera cuentas como secuestre de los bienes de la sucesión de los señores Mora, y en este sentido exclusivo fue interpretada por el sentenciador, la acusación no es por la segunda causal sino por errónea interpretación de la demanda que genera la primera.

El sentenciador sí resolvió sobre esas objeciones, puesto que las declaró improcedentes. Fue una sentencia absolutoria respecto de esos puntos, y la sentencia absolutoria guarda siempre concordia con lo pedido en la demanda. Jurisprudencia es ésta tan recibida por jueces y abogados que ya es impertinente que la Corte se detenga en su estudio. Las declaró improcedentes porque las partidas objetadas se referían a gastos hechos por el secuestre no en este carácter sino en el de mandatario o agente oficioso, extremos éstos que no fueron materia de la demanda y por esto dijo el fallador "si el señor Medina, además de los bienes que recibió a título de secuestre en 1936, administró otros bienes, podrá estar obligado a rendirle cuentas al respectivo adjudicatario, pero en juicio diferente al presente".

En virtud de lo dicho se rechaza este cargo por la segunda causal.

Como fundamento de la primera causal dice el recurrente que en el proceso aparece suficientemente comprobado, con las confesiones de la señora Nicasia Avila v. de Mora, Josefa Mora, Ana Silvia, Joaquín, María del Carmen, María de Jesús, Temilda y José María Mora, que el señor Angel María Medina en su calidad de secuestre de los bienes de la sucesión "recibió también mandato de la familia Mora Avila para hacer los gastos que se presentaran en la sucesión, lo mismo para los que demandara la investigación contra los responsables de la muerte violenta de los señores Mora; para que asistiera a las diligencias de inspección ocular que se practicaren en la investigación de la muerte de estos señores" y para las demás diligencias que el recurrente puntualiza, y que a pesar de esas confesiones el Tribunal desconoció ese mandato y declaró fundadas las objeciones que los demandantes le formularon a las cuentas presentadas por Medina respecto de los gastos que ese mandato exigiera para su ejecución. A consecuencia de ese error, es decir, por falta de apreciación de la prueba de confesión, se quebrantaron los artículos 604, 606 del C. J., 1769, 2142, 2149 y 2150 del C. C.

No dice el recurrente en esta acusación, cuál es la decisión en que el fallador incurrió en esas violaciones. Con más claridad, no se sabe qué agravio le infirió al demandado la sentencia del Tribunal al quebrantar las disposiciones anotadas. Parece que esta acusación se refiera a las partidas incluídas en su cuenta por el secuestre y que el sentenciador rechazó porque consideró que ellas eran gastos hechos por Medina no en su calidad de secuestre sino de mandatario o agente oficioso, y que como la demanda no versó

sobre rendición de cuentas como mandatario o agente oficioso ellas no podían abonársele a Medina y cargársele a la sucesión de los señores Mora. Esta razón del Tribunal, que no ha sido rebatida en el recurso conserva toda su fuerza, de donde se concluye que toda cuenta relativa a gastos hechos por Medina en su carácter de mandatario o de agente oficioso está fuera de la presente litis, porque ésta se circunscribió únicamente a la rendición de cuentas como secuestre y no como mandatario o agente oficioso. Esta interpretación de la demanda por parte del fallador de Tunja, subsiste porque por ese extremo no se ha acusado el fallo y si se hubiere hecho tampoco podría prosperar el reparo, porque los fundamentos de la demanda, tanto de hecho como de derecho, y las peticiones en ella solicitadas, se refieren única y exclusivamente a la obligación que tenía Medina de rendir cuentas como secuestre y no como mandatario. Imposible, dada la claridad y nitidez con que ella está redactada, interpretarla en un sentido distinto del de su tenor literal.

Para mejor entendimiento de las objeciones que se van a estudiar es conveniente advertir que el sentenciador, sin objeción de la parte demandada, fijó en la suma de $ 4,534.98 el monto de las partidas no objetadas. El total de los asientos de las cuentas presentadas suma $ 6,850, total aceptado por los demandantes, de manera que la diferencia entre las partidas no objetadas y la suma total de las cuentas presentadas, es la cantidad de $ 2,315.02, suma ésta que es propiamente la que se disputa en casación y sobre la cual las partes discrepan.

Hecha esta advertencia, se estudiarán en seguida las respectivas objeciones.

El sentenciador declara fundada la objeción segunda relativa a la partida de $20.99, gastos hechos en las diligencias que tuvieron por objeto realizar la entrega de los bienes que les fueron adjudicados a Hermelinda Mora de Gómez y Cándida Mora de Medina en la sucesión de los señores Mora, gastos que rechazó el Tribunal fundándose en que la sucesión no estaba obligada a pagar los gastos ocasionados por la entrega de los bienes que se le adjudicaron a estas señoras.

El recurrente considera que como está comprobado que Medina recibió encargo de pagar los gastos que se ocurrieran, tanto en el juicio de sucesión de los señores Mora, como en el esclarecimiento del asesinato de éstos y demás menesteres, quebrantó los artículos 2277 y 2259 porque exonera a los depositantes de pagar los gastos realizados en el ejercicio del cargo.

No puede prosperar el reparo, porque en primer lugar en este litigio no se trata de los derechos y obligaciones que pudiera tener Medina en su calidad de mandatario de los demandantes, porque la demanda, como se ha visto, no tuvo esa finalidad, y en segundo lugar porque esos gastos no los hizo Medina en su calidad de secuestre; ellos fueron sufragados para poner en posesión de los bienes que le correspondieron a Hermelinda Mora de Gómez y Cándida Mora de Medina en la sucesión de los señores Mora, gastos que a todas luces deben pagar las adjudicatarias y a los cuales es perfectamente extraña la sucesión, porque ellos se hicieron para poner en posesión material a las adjudicatarias Mora de Gómez y Mora de Medina de los bienes que les fueron adjudicados, sin que esas diligencias entraran, ni en el giro ordinario ni el extraordinario de las funciones del secuestre, y por consiguiente no pueden haberse violado los artículos 2259 ni 2277 del Código Civil invocados por el recurrente porque las señoras dichas no tienen el carácter de depositantes respecto del señor Medina.

La partida por $ 400 que el demandado Medina presenta como gastos hechos en el ejercicio de su encargo de secuestre, fue glosada por el Tribunal porque tales gastos no aparecen comprobados en el expediente y porque no se ha comprobado igualmente los perjuicios que haya sufrido el secuestre por abandonar sus labores agrícolas en cumplimiento de su encargo.

A este rechazo del Tribunal arguye el recurrente que el sentenciador quebrantó los artículos 637, 645, 697 del Código Ju-

dicial por no haberle dado el valor que tienen "como prueba plena de los hechos en que el recurso se funda"; el artículo 2277 del Código Civil por no haberle reconocido al secuestre los perjuicios que el ejercicio de su encargo le causó y el 2259 por no haberle reconocido al secuestre las expensas que hizo en la conservación de la cosa secuestrada.

No dice el acusador cuáles fueran las pruebas que el Tribunal dejó de apreciar para rechazar esta partida o cuáles pruebas apreció con error de hecho o de derecho, y por consiguiente no se sabe si en el expediente existe esa comprobación. Esto sería suficiente para rechazar el cargo, pero para mayor abundamiento se hace notar que el sentenciador conceptúa "que para administrar convenientemente los objetos materia del depósito no era indispensable que el secuestre se trasladara de una población a otra, ni que abandonara sus trabajos agrícolas, porque la calidad y naturaleza de las cosas secuestradas no exigían aquella actividad".

Respecto de los perjuicios el fallador de Tunja asienta que las declaraciones de Marco y Rodolfo Moreno, Uldarico Alfonso y Moisés Martín, no son suficientes para comprobarlos, porque ellas en primer lugar, no acreditan la existencia de esos perjuicios y porque oyeron decir que el abandono por parte de Medina de sus labores agrícolas se debió a que estaba ocupado en la investigación del asesinato del señor José María Mora.

Por otro lado, el Tribunal tuvo en cuenta igualmente las declaraciones de Oliverio Fernández y Pedro J. Buitrago, aducidas por la contraparte, que aseveran que el señor Medina se trasladó de su casa de campo a Tenza, con el fin de poner a sus hijos en la escuela y que la administración de los bienes secuestrados, "se había podido efectuar desde la casa de campo en donde vivía el señor Medina sin necesidad de venirse a vivir al centro de la población".

No se ha demostrado por parte del recurrente cuáles fueron las pruebas que el Tribunal dejó de apreciar, o apreció mal para desconocer esta partida a favor del señor Medina y por lo tanto es de rigor rechazar la acusación.

La quinta objeción se refiere a la suma de $ 20 provenientes de los gastos hechos en las diligencias practicadas en Tenza para averiguar la existencia de los bienes dejados por los causantes. El Tribunal para rechazar esta partida se fundó en que el señor Medina hizo esos gastos no como secuestre sino como mandatario no autorizado, o como agente oficioso cuya gestión no fue ratificada por los interesados, o en su calidad de yerno del causante Mora, ya que él se posesionó de su encargo con posterioridad a la fecha en que se practicaron las diligencias dichas.

Sostiene el recurrente que en las posiciones absueltas por los demandantes confiesan haber autorizado a Medina para realizar los gastos más urgentes que se presentaren en la sucesión, y que aunque ese gasto fue hecho por Medina antes de haber tomado posesión del cargo de secuestre, él entra dentro de aquellas autorizaciones que implican un mandato del cual deben responder los mandantes y que con este proceder el Tribunal erró de hecho en la apreciación de estas posiciones violando los artículos 604 y 606 del C. J. y 1769 del C. C. por no haberlos aplicado al caso del pleito, así como también los artículos 2142, 2149, 2150 y 2184, porque desconoció la existencia del contrato de mandato, que se reputa perfecto por la aceptación del mandatario de momo tácito, por actos efectuados en el ejercicio del mismo.

Ya se ha dicho en el curso de este fallo, que la demanda se inició para que el señor Medina rindiera cuentas de su encargo de secuestre pero no como mandatario de los demandantes, de suerte que si él sufragó esos gastos como mandatario tiene derecho a que los mandantes se lo reconozcan, pero no en este juicio, en el cual no se trata de rendición de cuentas de Medina como mandatario.

Obsérvese igualmente, que aún suponiendo que los demandantes hubieran confesado lo que supone el recurrente, esas confesiones no podrían considerarse

como la prueba del mandato, porque éste, de acuerdo con el artículo 2142 del C. C., es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otro, y en el presente caso los demandantes no le confiaron a Medina la gestión de ningún negocio sino, cuando mucho, lo recomendaron para hacer ciertos y determinados gastos. Agréguese a esto que según el Tribunal, no todos los demandantes confesaron haber autorizado a Medina para llevar a cabo esos gastos, de lo cual se sigue que si hubo confesión ella perjudica a los que la hicieron y no a los otros y por tanto no puede abonársele a Medina la partida de $ 20.

Las partidas marcadas con los números 7, 8, 10 y 13 fueron desechadas por el Tribunal porque la primera se refiere a gastos hechos en las diligencias practicadas con detectores pedidos al director de la secreta para investigar el asesinato de los causantes Mora; la segunda para atender unas citas telefónicas hechas por el doctor Medina Camacho relacionadas con la sucesión del señor José María Mora B.; la tercera a gastos hechos por el secuestre para trasladarse a Guateque con el fin de facilitar la práctica de las diligencias de inspección ocular decretadas por el juzgado que investigaba el asesinato de los señores Mora; y la cuarta por un viaje hecho a Tenza para realizar unas diligencias encaminadas a inspeccionar el camino en el citado punto de Tenza a la ciudad de Garagoa.

El autor del recurso considera que el Tribunal no acertó al rechazar estas partidas, pero no ataca prueba alguna que sirviera para abonarlas a favor del secuestre, ni cita disposición alguna que se hubiera infringido por no cargarlas al haber del recurrente.

Idénticas observaciones hace respecto a las objeciones marcadas con los números 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 y considera que tanto estos gastos como los de las partidas números 7, 8, 11 y 13 fueron sufragados por Medina en su calidad de mandatario de los demandantes, cosa que se comprueba con las confesiones de que se ha hablado, y que al desconocer la obligación que tienen los mandantes de pagarle al mandatario los gastos que éste hubiera hecho en cumplimiento de su encargo, erró de derecho al apreciar esas pruebas y violó los artículos 2142, 2149, 2150, 2184 del C. C. y el inciso final del artículo 287 del C. J.

Se responde: Se ha dicho, en repetidas ocasiones en el discurso de este fallo, que no se le han pedido cuentas al señor Medina como mandatario de los demandantes sino únicamente como secuestre, de suerte que los gastos a que tales objeciones se refieren no son de los que entran en el giro ordinario de las funciones de secuestre, sino del mandatario y en este carácter podrá tener derecho a que se le reembolsen esos gastos, cosa que habrá de hacerse en juicio distinto. La apreciación de que esos gastos no corresponden a la ejecución y ejercicio del secuestre sino del mandato, permanece intacta porque el recurrente no ha logrado demostrar que esos gastos se hubieran sufragado para la recta ejecución del secuestro. Se rechaza, en consecuencia, el cargo.

A mérito de todo lo expuesto hasta aquí, 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 el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja con fecha veinte de agosto 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 al Tribunal de origen.

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

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

RELACION ENTRE EL VEREDICTO DEL JURADO SOBRE NO IMPUTABILIDAD Y EL VEREDICTO SOBRE UN MOTIVO DE JUSTIFICACION

1.—Contestar negativamente el cuestionario sobre legítima defensa cuando se ha respondido de manera también negativa al primer cuestionario, o sea al que pregunta sobre la ejecución material del hecho, no equivale a negar la causa justificativa de legítima defensa, sino a negar por segunda vez la imputación de homicidio.

2.—Habiendo dos votos afirmativos sobre la cuestión de legítima defensa y dos negativos, no es jurídico soltar el empate en el sentido que perjudique al procesado. *In dubio pro reo* es aforismo de universal aceptación y que no pugna con los postulados de ninguna escuela o doctrina.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintiuno de marzo de mil novecientos cuarenta y uno.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Ante el Juzgado Primero Superior de Manizales se siguió juicio criminal en contra de Pedro Alejandrino Ortiz, Celso A. Ortiz y Jesús Emilio Ortiz por el delito de homicidio en la persona de Timoteo Parra.

Con apoyo en el veredicto del Jurado absolvió el Juez a los tres sindicados, pero el Tribunal Superior respectivo hubo de reformar la sentencia en el sentido de condenar a Pedro Alejandrino Ortiz a ocho años de presidio, con aplicación del artículo 362 del nuevo Código Penal, vigente cuando ocurrieron los hechos incriminados.

El defensor del reo interpuso casación contra el fallo del Tribunal, invocando las causales 1ª, 2ª y 3ª del Código de Procedimiento Penal y envió luégo a la Corte su alegato para fundar el recurso.

Al surtirse el traslado al Procurador General de la Nación el señor Procurador Delegado hizo notar que faltaba el trámite sobre declaratoria de admisibilidad del recurso puesto que se trataba de negocio iniciado bajo la vigencia de los nuevos códigos:

Resuelto el incidente, declarado admisible el recurso y transcurrido el término del traslado al recurrente, se dispuso pasarlo de nuevo al señor Procurador como parte no recurrente y en virtud de lo preceptuado por el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal. El señor Procurador se abstuvo de conceptuar en el fondo sobre el recurso.

Considera el señor Procurador que la Ley 94 de 1938 "no autoriza el traslado a la Procuraduría en el recurso de casación"; y que cuando el Código dispone que se entreguen los autos "a las partes no recurrentes" se refirió a las partes que actuaron ante el Tribunal Superior en el respectivo juicio "porque sólo a ellas, —dice el señor Procurador— se les notifica la sentencia definitiva de segunda instancia y se les da la oportunidad para interponer el recurso de casación". De donde concluye este alto funcionario que es al Fiscal

del respectivo Tribunal a quien debe considerarse como parte, recurrente o no recurrente.

No comparte esta Sala con el señor Procurador el concepto de que el nuevo Código de Procedimiento haya querido prescindir de la ingerencia de dicho funcionario en el recurso de casación.

En el juicio penal intervienen como partes el reo, el Ministerio Público y la parte civil. Si el recurrente es el reo, una vez surtido el traslado que a él debe dársele, "se entregarán los autos a las partes no recurrentes, por el término de quince días a cada una, para que contesten la demanda de casación", dice terminantemente el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal.

Verdad es que el nuevo Código omitió atribuír al Procurador de la Nación la facultad especial que le otorgaba el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, de suplir la actividad del procesado recurrente en casación y formular, a falta de éste la respectiva demanda o ampliarla con la invocación de nuevas causales.

Pero entre esa intervención oficiosa en favor del reo atribuída en 1931 a la Procuraduría, y la total prescindencia de oír al Ministerio Público en casación, existe la posibilidad intermedia de que el Procurador de la Nación intervenga para fundar y sostener el recurso si hubiere sido interpuesto por un Fiscal de Tribunal y si el Procurador lo hallase procedente; o para contestar —en uno o en otro sentido— la demanda de casación, si la parte recurrente no hubiese sido el Ministerio Público. Que ha sido cabalmente lo implantado por el nuevo Código de Procedimiento, pues si así no fuese carecería de objeto, y hasta de sentido, la frase del Código que emplea el número plural en el artículo 564 cuando habla del traslado "a las partes no recurrentes", frase que sin duda incluye el Ministerio Público cuando sea parte no recurrente.

Sucederá también que en muchos casos el recurrente sea el Ministerio Público, y nadie podrá negar que a dicha entidad debe corrérsele entonces y en primer término el traslado, como parte recurrente que es. De aceptar la posibilidad sugerida por el señor Procurador Delegado no habría en tal evento persona o entidad con quien entenderse, a quien entregar los autos en traslado, ni a quien oír por escrito u oralmente en calidad de parte recurrente, por ser obvio que el Fiscal recurrente no puede comparecer ante la Corte. Resultaría por extremo anómalo pensar en que los Fiscales de los diferentes Tribunales pudiesen estar viniendo a tomar parte en las audiencias ante la Corte.

El recurso de casación se ha establecido principalmente en interés de la ley; es una etapa del proceso en la cual se enfrentan la sentencia acusada y la ley que se dice violada por ella. Y el Ministerio Público es, por definición, el defensor de la legalidad.

¿Cómo prescindir de la intervención del mismo en un recurso en que cabalmente el objeto del debate es la integridad de la ley, la defensa de ésta y hasta la de su acertada interpretación y aplicación sobre materias que nunca son de mero interés patrimonial para las partes, sino del más dilatado interés social?

En sentencia fechada el tres de abril de mil novecientos treinta y seis (casación de Tomás Becerra), dijo la Corte:

"La Sala tiene en cuenta que cuando el Ministerio Público es recurrente y el señor Procurador General de la Nación, lejos de fundar y apoyar el recurso, lo impugna, ello equivale a un desistimiento, o debe tener los efectos de tal. No pueden desconocerse los sentimientos de justicia y de defensa social que inspiraron al señor Fiscal para recurrir en casación, pero la solicitud del señor Procurador General, contraria al recurso propuesto, no permite que éste pueda prosperar".

(Gaceta Judicial, Tomo 43, página 206).

Los conceptos transcritos muestran hasta qué punto es visible la identidad moral o jurídica de dos funcionarios del Ministerio Público que, aun cuando de categoría diferentes, hablan ambos en nombre de la sociedad y están encargados de

amparar y defender los derechos e intereses de ella, como dos mandatarios de un particular que abogaran el uno en la instancia y el otro ante la Corte, pero representando a un mismo mandante.

A propósito de la abstención del señor Procurador para intervenir como parte no recurrente en casación, dio esta misma Sala, en sentencia de veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta, entre otras razones, las siguientes:

"La escala jerárquica del Ministerio Público no exonera al Procurador General de representarlo ante la Corte, por más que haya sido un Fiscal, inferior suyo, quien actuó como parte recurrente o como no recurrente, pues la representación de dicho Ministerio, por ser de derecho público, es obligatoria y no meramente facultativa. Si el artículo 92 de la Ley 94 de 1938 impone al Ministerio Público el imperativo deber de su intervención necesaria **en todas las diligencias y actuaciones del proceso penal**, por qué se dice que en casación "Las partes no recurrentes sólo son las que actúan ante el Tribunal Superior? Y si en la audiencia pública del artículo 566 "se observaran las disposiciones generales al respecto", y si una de esas disposiciones generales es que la audiencia se celebre "con la asistencia del Agente del Ministerio Público", ¿a cuál agente del ministerio público se referirá el artículo 465? Al Fiscal del Tribunal Superior? De modo que la Corte debe citar para una audiencia al Fiscal que intervino en la segunda instancia? Sería un absurdo. Y si el recurrente es la parte civil en el caso del artículo 559, qué papel desempeñaría en casación el señor Procurador Delegado en lo Penal, si se medita en las inevitables cooperación e intervención que imponen los artículos 93 del Código Penal y 24 de la Ley 94 de 1938? Y si el recurrente es el Fiscal de un Tribunal Superior nada haría en casación el señor Procurador porque el Ministerio Público ejercido por el Fiscal es un Ministerio Público diverso del de la Procuraduría?".

(Casación de Justo Pastor García).

Las reflexiones que preceden van encaminadas a precisar el parecer de la Corte, decididamente favorable a la tesis de que la ley de procedimiento penal no excluye y antes supone la intervención del señor Procurador General o de su Delegado en lo Penal.

Y si en el caso de que hoy se trata no insiste en devolver el expediente a la Procuraduría en solicitud de su concepto, que suele ser tan útil a la deliberación de la Corte, ello se explica por la circunstancia de que estando vencidos los términos legales de traslado en el presente negocio, resultaría extemporánea aquella exigencia.

Como ya se dijo, el recurrente ha invocado las causales de casación 1ª, 2ª y 3ª, artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y alega, para fundamentarlas, que el denominado escrutinio o sea el cómputo de las respuestas que los jurados profirieron, no puede tomarse como base para condenar a Pedro Alejandrino Ortíz, sino para absolverlo. Dice así el señor abogado:

"En efecto: la tercera cuestión propuesta por el señor Juez, al Jurado, en relación con Pedro Alejandrino Ortíz, está consignada en los siguientes términos: '3ª **Cuestión.**—Pedro Alejandrino Ortíz cometió el hecho a que se refiere el primer cuestionario, por la necesidad de defenderse así mismo o defender a otro de una violencia actual e injusta contra su persona o contra sus bienes?

"El Jurado contestó esta tercera cuestión, en la siguiente forma: 'El Jurado Juan Bautista Latorre contestó, 'Sí'; el Jurado Pedro Sáenz G. contestó, 'Sí'; y el Jurado Eduardo Giraldo Salazar, contestó el cuestionario referente a Pedro Alejandrino Ortíz, con un NO rotundo a todas las preguntas, lo que indica que éste Jurado, negó, por parte de Alejandrino Ortíz, el que éste le hubiese dado muerte a Timoteo Parra, y consecuentemente con la negativa del primer cuestionario, negó los otros, resultando así un **empate** en la decisión de los jurados, ya que los señores Pedro Hernández y Emilio Arango E. resolvieron la tercera cuestión, con un 'no', quedando así dos jurados que considera-

ron que Pedro Alejandrino Ortíz había ejercitado el derecho de legítima defensa, y que como consecuencia de esas actuaciones era necesariamente acreedor a que se declarase su irresponsabilidad, por justificación del hecho, al tenor de lo dispuesto en el artículo 25, numerales 2º y 3º del C. P. ,

"De allí nace, precisamente lo injurídico y lo ilegal de la sentencia del Tribunal, que demando; si el Jurado Eduardo Giraldo S. al resolver las cuestiones propuestas relacionadas con Pedro Alejandrino Ortíz, las negó todas y cada una de ellas, en forma rotunda, fue porque consideró que el matador de Timoteo Parra, no había sido Pedro Alejandrino Ortíz, no obstante haber éste confesado ese hecho, y ello se desprende de la contestación que el mismo jurado dio al cuestionario relacionado con los otros dos acusados, Celso y Jesús María Ortíz; y si el jurado, Eduardo Giraldo S. negó rotundamente toda responsabilidad en el hecho delictuoso en relación con Pedro Alejandrino Ortíz, por qué, pregunto yo, no se le dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 501 del C. de P. P., que establece 'que cuando la respuesta al primero de los cuestionarios fuere negativa, **no se tomarán en cuenta las que se hubieren dado a los demás, cualquiera que ellas sean** (subrayo).

"De manera que al haber negado la primera cuestión, el tántas veces nombrado jurado Eduardo Giraldo S., no hay razón que justifique el hecho insólito que contempla la sentencia, para haber tomado la negativa que hace este Jurado al tercer cuestionario, para considerar su veredicto como una negativa que hacía al cuestionario propuesto sobre 'legítima defensa', toda vez que como ya se dijo, y lo dice textualmente el artículo 501 del C. de P. P., que cuando se niegue la primera cuestión relativa a los hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito (artículo 498 del C. de P. P.), no hay razón para que los demás cuestionarios sean tenidos en cuenta, y de allí deduzco, sin lugar a duda, que la sentencia que demando, ha violado varias disposiciones penales y de procedimiento, porque como muy bien lo dice el señor Juez de primera instancia al absolver al acusado Pedro Alejandrino Ortíz, lo movió a hacer aquéllo, porque vio que dos de los miembros del Jurado negaron lo referente a la legítima defensa, y otros dos, consideraron que sí había existido, quedando empatada la votación sumándole a los dos jurados que contestaron afirmativamente la tercera cuestión, lo resuelto por el Jurado Eduardo Giraldo Salazar, quien, como ya se dijo, negó hasta el hecho de haber sido el matador de Timoteo Parra, Pedro Alejandrino Ortíz, lo cual hizo el señor Juez de primera instancia, muy bien, por darle aplicación a un principio de derecho consagrado en todas las legislaciones del mundo civilizado, que es nada menos la obligación en que el juzgador está, en que 'cuando exista duda sobre la responsabilidad de un acusado, debe desatar esa duda en favor de aquél', principio éste que consagra también el artículo 45 de la Ley 153 de 1887 en su inciso final, y que ha debido aplicarse por mandato expreso del artículo 7º de la Ley 94 de 1938 (C. de P. P.).

"Porque sería injusto, que si la votación, o escrutinio que se hizo en lo referente a Pedro Alejandrino Ortíz, resultó empatada, no teniendo en cuenta lo que resolvió el Jurado Eduardo Giraldo S., se fuera a considerar esta negativa de todos los cuestionarios, especialmente la tercera negativa, como una afirmación, o negativa a la cuestión propuesta sobre defensa legítima, ya que, como se dijo atrás, el tántas veces mentado jurado Giraldo S., negó la primera cuestión, es decir, que para este miembro del jurado no existió la responsabilidad de Pedro Alejandrino Ortíz en ninguna forma, y habiéndose negado esa primera cuestión no hay razón, ni se justifica el hecho de que la sentencia que demando haya aplicado aquella resolución, o contestación en lo desfavorable para el acusado cuando se lo prohibe terminantemente el artículo 501 del C. de P. P., disposición ésta que ha violado la sentencia del Tribunal".

La Corte observa:

Es cierto que el Jurado señor Eduardo

Giraldo contestó negativamente el primer cuestionario, esto es, falló en el sentido de que Pedro Alejandrino Ortíz no es responsable de haber dado muerte a Timoteo Parra.

Contestar negativamente el cuestionario sobre legítima defensa cuando se ha respondido de manera también negativa al primer cuestionario,o sea al que pregunta sobre la ejecución material del hecho, no equivale a negar la causa justificativa legítima defensa, sino a negar por segunda vez la imputación de homicidio.

Por consiguiente la respuesta negativa del jurado señor Giraldo al cuestionario sobre legítima defensa, después de que había contestado NO al primer cuestionario, no debe computarse en ningún sentido y así lo prevé el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Cuando la respuesta al primero de los cuestionarios fuere negativa, no se tomarán en cuenta las que se hubieren dado a los demás, cualesquiera que ellas sean".

Dos de los jurados, sin contradecir con eso las respuestas dadas por ellos mismos a los otros cuestionarios, contestaron negativamente, sin contradecir tampoco las respuestas dadas por ellos sobre los demás cuestionarios.

Habiendo dos votos afirmativos sobre la cuestión de legítima defensa y dos negativos, no es jurídico soltar el empate en el sentido que perjudique al procesado. **In dubio pro reo** es aforismo de universal aceptación y que no pugna con los postulados de ninguna escuela o doctrina.

Anduvo, pues, acertado el Juez de primera instancia cuando absolvió a los tres procesados rectificando así el cómputo erróneo de los votos del Jurado que el mismo Juez había hecho antes.

Por consiguiente el fallo del Tribunal está en desacuerdo con el veredicto en cuanto a la condenación de Pedro Alejandrino Ortíz.

Como de los tres sindicados solamente el último recurrió en casación la sentencia debe infirmarse apenas en parte, en el sentido de absolver al recurrente, dejando en pie la absolución que favorece a los otros dos reos.

Fundada en los considerandos que preceden la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, sin concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el veintiuno de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, que impuso a Pedro Alejandrino Ortíz la pena principal de ocho años de presidio como responsable de la muerte violenta de Timoteo Parra y, en su lugar, lo absuelve de dicho cargo.

Póngase en libertad al mencionado Pedro Alejandrino Ortíz, para lo cual se librará la correspondiente orden telegráfica, por conducto del Tribunal Superior de Manizales.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre—Absalón Fernández de Soto—Julio E. Argüello R., Secretario.

EN QUE CASOS PUEDEN REPUTARSE INJUSTAS LAS DECISIONES DE LOS JUECES DE CONCIENCIA.— PENA MAXIMA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD APLICABLE CONFORME AL NUEVO CODIGO PENAL

1.—En repetidos fallos ha dicho la Corte que las decisiones de los jueces de conciencia no pueden reputarse injustas sino cuando aparezca palmariamente que ellas pecan contra la realidad procesal; y en los juicios por Jurado le basta al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo en pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, (ya lo dijo la Sala en reciente sentencia) que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral que es lo que la ley exige de los Jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal.

2.—La doctrina expuesta en varios fallos de la Sala acerca de la manera como debe interpretarse el artículo 45 del nuevo Código Penal puede resumirse así:

1º El anteproyecto de Código Penal italiano de 1921, fuente originaria del nuéstro, a pesar de que adoptaba la condenación a tiempo indeterminado y la prisión perpetua, para el caso de concurso de delitos estatuía que se aplicara la sanción correspondiente al más grave considerando los otros delitos únicamente como circunstancias de mayor peligrosidad; y sólo a este título, no por el hecho objetivo del concurso mismo, podía pensarse, y eso interpretando el artículo 23 en relación con el 75, que en tal caso también estaba facultado el Juez para aplicar una sanción superior al máximo de la establecida para el delito más grave.

2º En el Código colombiano no hay disposición que autorice expresamente al Juez para imponer una cantidad de pena superior al máximo fijado para la respectiva sanción; y si es verdad que el artículo 33 dice: "Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto", esto no significa que se suponga como base el máximo de la sanción correspondiente al delito más grave para hacer sobre ese máximo el aumento.

3º La comisión redactora del anteproyecto de Código Penal colombiano no acogió la pena de prisión perpetua, ni siquiera la sentencia a tiempo indeterminado; y propuso como pena máxima imponible —sin distinguir si se trataba de aplicarla por uno o por varios delitos— la de treinta años de presidio.

4º La comisión del Senado, que estudió el anteproyecto y que lo propuso como proyecto al mismo Senado, estimó excesiva la sanción de treinta años, teniendo en cuenta varios considerandos, entre otros el promedio de duración de la vida humana en Colombia, y resolvió bajar a veinticuatro años el máximo de pena imponible, sin establecer excepciones ni hacer distinción para el caso de que se tratase de sancionar a un reo por varios delitos.

La trayectoria recorrida por el legislador colombiano muestra que, apartándose del anteproyecto de Ferri, no sólo prescindió de establecer la prisión perpetua, sino que aún consideró excesivo el término de treinta años para la pena de presidio, la cual restringió a veinticuatro años, como máximo.

La pena máxima privativa de la libertad, ante el Código de 1936, no puede, pues, pasar de veinticuatro años, aunque se trate de sancionar al reo por varios delitos.

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

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

José Antonio Jaimes, Juan Gil y José Gil Vitama o Duitama, dieron muerte a Roque Becerra en la casa de habitación de éste, situada en el punto de **La Cortadera**, jurisdicción municipal de Durania, Departamento Norte de Santander, entre una y dos de la tarde del diecinueve de junio de mil novecientos treinta y dos. La venganza fue el móvil del crimen y, una vez consumado el homicidio, los matadores se llevaron de la casa de Becerra un revólver, una "burrera", dos cargas de café pilado y una escopeta.

El Juzgado Superior de Cúcuta abrió causa criminal por homicidio y robo contra los tres sindicados, pero la causa sólo pudo seguirse con José Gil Vitama o Duitama; los otros dos fueron declarados reos ausentes. Habiendo respondido el Jurado afirmativamente todos los cuestionarios referentes a José Gil Vitama o Duitama (aunque todos con la adición: "Sí, pero en concurso con sus compañeros"), el Juez de la causa profirió sentencia condenatoria en que impuso a este procesado las penas principales de veinte años de presidio por el asesinato y cuatro años seis meses también de presidio, por el robo.

Tal sentencia fue levemente modificada por el Tribunal Superior de Pamplona, pues dejó subsistente la pena de veinte años de presidio por el asesinato, pero bajó la del robo a cuatro años con cuatro meses y medio.

Contra el fallo del Tribunal ha interpuesto casación el procesado; y como ya está cumplida la tramitación correspondiente a tal recurso se procede a resolver.

Los escritos elevados a la Corte por el recurrente son, como lo advierte el señor Procurador Delegado, a manera de alegatos de instancia por lo cual este distinguido funcionario consideró desierto el recurso. Pero como se trata de proceso antiguo el mismo señor Procurador, invocando el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, fundó por su parte la casación con base en la causal 1ª.

Todas las argumentaciones del recurrente se reducen a una crítica de las pruebas tendientes a sostener que él no ejecutó los delitos de que trata el proceso y que, por el contrario, hubo coartada; y se acoge expresamente a la causal 5ª de la antigua ley de casación, notoria injusticia del veredicto.

Este punto no fue concretamente debatido en las instancias de manera que faltaría tal requisito de forma para considerarlo en casación. Más, aún prescindiendo de este reparo, el recurso tampoco podría prosperar por la causal 5ª.

En repetidos fallos ha dicho la Corte que las decisiones de los jueces de conciencia no pueden reputarse injustas sino cuando aparezca palmariamente que ellas pecan contra la realidad procesal; y en los juicios por Jurado bástale al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o no respaldo en pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además, (dijo esta Sala en reciente sentencia), que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral que es lo que la ley exige de los Jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal (casación de Marco A. Parada, 10 de julio de 1942, Magistrado ponente doctor Absalón Fernández de Soto.—Gaceta Judicial números 1984 y 1985).

Bastaría con lo dicho para concluír que este recurso no puede prosperar por la causal de injusticia notoria del veredicto. Conviene, sin embargo, transcribir la declaración de Margarita Silva, testigo presencial de los acontecimientos, pieza que por su importancia decisiva aparece también copiada en el auto de proceder y en la sentencia.

Dice así:

"Ayer como a esò de la una y media de la tarde encontrándome en la casa de habitación del occiso Roque Becerra, sita en la fracción de "La Cortadera", en esta

jurisdicción municipal, llegó a la hora mencionada a la citada casa José Antonio Jaimes y me preguntó: que si ahí estaba Roque, yo le contesté, no está aquí; el citado Jaimes me preguntó de nuevo que si Roque estaba en viaje lejos, yo le contesté, sí; José Antonio Jaimes me dijo: "Si está ahí, que salga, que haga uso de sus armas para entendernos los dos'; yo le dije y eso por qué José Antonio? El Jaimes me dijo: 'Que el día que había estado la policía aquí ese marico (refiriéndose al finado Roque) había ido en cabeza con la policía a buscarlo para matarlo a los ranchos donde Catalina Torres, que la policía le había dado un revólver a Roque para que cuando me viera, me tirara, que ese marico cobarde era el que había venido a poner el denuncio a Córdoba donde el Alcalde y que el Alcalde le había mandado una carta al Táchira a él, diciéndole que Roque había sido el que lo había denunciado'; yo le contesté que era una viva mentira lo que él estaba diciendo porque Roque quizá no tiene el honor de conocer al señor Alcalde; el citado Jaimes me replicó: 'que más, aquí tengo la carta que el Alcalde me mandó al Táchira'; yo le dije: 'vea José Antonio, eso se averigüa como amigos que son los dos el (José Antonio) dijo: 'Que si Roque está por ahí, que salga, para arreglar eso, porque yo quiero retirarme de aquí a mañana y quiero arreglar ese asunto con él; (con Roque) yo le dije: sí José Antonio, se pueden arreglar como amigos y él dijo: 'eso es lo que yo quiero'; el citado José Antonio se calmó un poco; al poco tiempo de estar José Antonio Jaimes en la casa hablando conmigo lo ya expuesto, llegó a la gotera José Gil Duitama, compañero del tántas veces citado José Antonio Jaimes, el Duitama dirigiéndose a José Antonio Jaimes, le dijo: 'ala, caminá, que te necesita ahí; yo en ese momento me retiré para la puerta de la cocina que queda a un costado del corredor de la casita, en donde yo estaba; al hacerme yo a la puerta de la cocina, el mentado Jaimes se acercó a donde yo estaba y me dijo: 'si tiene guarapo, vaya deme'; yo le dije: 'No hay José Antonio'; de la puerta de la cocina vi que venía en dirección a la cocina, Juan Gil, éste a dar pocos pasos de la casa, se detuvo un poco, pero luégo se acercó a la gotera de la casa, Juan Gil al llegar dio las buenas tardes y yo se las contesté con buen agrado, mandándoles a los tres seguir adelante; tendría el citado Jaimes una media hora de estar conversando conmigo, cuando oí los pasos de Roque Becerra que se acercaba a la casa en compañía de un peón con el cual Roque había ido a guertiar, al oír los pasos y comprender que era Roque el que se acercaba, me dirigí hacia la parte por donde Roque venía, al yo moverme, me siguieron los tres anteriormente ya citados; cuando yo me encontré con Roque, éste ya venía de vaciar la cosa de pan en un cuartico que queda hacia la parte de atrás de la casa; yo no le alcancé a decir nada a Roque de lo que José Antonio Jaimes me había dicho ya antes, éste se le dirigió a Roque y le tendió la mano saludándolo, Roque le contestó el saludo con agrado y dirigió la vista hacia Juan Gil Duitama, y los saludó cariñosamente; Roque traía en la mano una escopeta y la conservó en balanza en este momento llamó José Antonio a Roque y le dijo: 'permítame una palabra', Roque le contestó: 'Sí señor, como no'; Roque se retiró como un metro de los otros dos para atender a José Antonio que le acababa de llamar; en el momento en que Roque atendía a José Antonio Jaimes, éste le dijo: 'Usted es el marico, cobarde que nos ha ido a denunciar a Córdoba?, aquí nos vamos a entender'; en este momento los otros dos individuos rodearon a Roque y uno de ellos, José Gil Duitama, le tendió una arma muy parecida a una escopeta, Juan Gil tenía una burrera en la mano y seguramente debía tener escondida entre la burrera alguna arma, y José Antonio Jaimes que tenía una pocha en la mano, le hizo el primer disparo a Roque, todo fue uno, disparando José Antonio, dispararon contra Roque los otros dos, al disparo que le hizo José Antonio, Roque dijo: 'Ay', y ladiándose cayó al suelo; José Antonio Jaimes prendió a Roque de un

brazo y sacando el revólver le hizo varios disparos en el suelo; José Gil Duitama y Juan Gil, también le dispararon a Roque en el suelo; en este momento dijeron en voz alta todos tres: 'así lo vamos a seguir haciendo con esos maricos cobardes que no lo piensan velar'; al ver yo esto, me encerré junto con dos mujeres llamadas la una María a quien no le sé el apellido, y la otra Natividad a quien tampoco le sé el apellido; al nosotros encerrarnos, nos gritaron los asesinos, que nadie se retirara, pero nosotros siempre nos encerramos; cuando oyeron los agresores de Roque que nosotros le pusimos tranca a la puerta nos gritaron: 'no se encierren, abran para que nos entreguen el dinero que tengan si no le metemos candela al rancho'; se acercaron a la puerta y empujándola decían: 'que hubo, abren o le metemos candela al rancho, ya le vamos a meter candela'; yo al oír las amenazas que nos hacían, me resolví abrir la puerta, Juan Gil dentró y al dentrar, me dijo: 'bueno.me va a entregar el dinero, porque si no es víctima también'; yo le dije: no, Juan Gil, dinero no tenemos, sinó dentre y haga la requisa que usted quiera; yo salí al corredor de la casa y vi a José Antonio Jaimes en el corredor todavía con el revólver en la mano, al verme éste me dijo: 'Usted se va a entregar a nosotros; yo le contesté: 'Yo no soy culpable, José Antonio'; en este momento José Gil Duitama que estaba en la gotera de la casa le dijo a José Antonio: 'No ala, eso ya es una mariquería, no le hagas nada'; José Antonio se dentró a la casa, en ese momento, y yo me les salí por la cocina y tomé la dirección de La Arenala, la casa de Antonio Aldana, a ponerle al tanto de lo ocurrido y a decirle que nos estaban robando; cuando yo llegué a donde Aldana y le dije a éste 'ay Aldana, mataron a Roque y me están robando la casa'; Antonio Aldana me dijo: convide hombres, ahí hay hombres'; yo me dirigí a un grupo de hombres de los que estaban en la casa y de los que recuerdo a Eduardo Lozano, Antonio Monsalve, José de la Cruz Mora y Lorenzo Mora, y les dije suplicándoles lo sucedido, pero ninguno de éstos se resolvió a ir por falta de armas; Antonio Aldana y los demás que estaban en donde éste, me manifestaron la buena voluntad de ir en mi ayuda, pero me dijeron que les era imposible por no tener con qué defenderse. Viendo yo que en donde Aldana ninguno de los hombres me quiso acompañar para regresar a la casa, me dirigí a donde José Antonio Archila, a quien le conté lo sucedido y le supliqué que me acompañara, éste fue conmigo a la casa en compañía de varias mujeres y un peón que tenía en la casa; al llegar a la casa vi como a cinco metros de la gotera a Roque Becerra muerto. Hago constar que en donde encontré a Roque, fue en el mismo punto a donde lo llamó José Antonio Jaimes y a donde lo rodearon los compañeros de éste...".

No pudiendo prosperar el recurso por la causal 5ª de la Ley 118 de 1931 procede ahora la Corte a examinar la causal 1ª que el señor Procurador de la Nación propone en los términos siguientes:

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma".

"El cargo consiste en que el Tribunal aplicó el anterior Código Penal, en vez del nuevo Código, que le era más favorable al reo por reprimir con menor sanción los dos delitos imputados a Gil Vitama.

En efecto, conforme al viejo estatuto penal, la mayor sanción que podía imponerse a un delincuente por varios delitos calificados en una sola sentencia, era la de veinticinco años de presidio, al tenor del artículo 71.

"Pero el nuevo Código la redujo a veinticuatro años en su artículo 45.

"Al fijar este artículo el límite máximo de las penas, claramente quedó establecido que la nueva legislación penal prescindió del instituto de la prisión perpetua y de la sanción por tiempo indeterminado. Y esto se comprende mejor leyendo las disposiciones referentes a la extinción de la acción penal y de las penas, donde se señaló el término extremo de 30 años para la prescripción, término éste que no se explicaría si pudiera imponerse a un acusa-

do 48 años de presidio, por ejemplo, por la comisión de dos o más asesinatos, de acuerdo con los artículos 33 y 363 del Código. No es concebible que la prescripción se consume en un tiempo menor que el señalado a la respectiva infracción.

"Al aplicar, pues, el Tribunal más de 24 años de presidio al acusado, violó los artículos 22 de la Constitución, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, 3º del Código Penal y 5º del Código de Procedimiento Penal vigentes cuando dictó su fallo.

"En consecuencia, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que invalide la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Pamplona y condene a José Gil Vitama o Duitama a la pena principal de veinticinco años de presidio como autor de asesinato y robo, y a las accesorias consiguientes".

La cuestión de derecho que así plantea en este caso el señor Procurador ha sido ya estudiada y resuelta por la Corte (casación de Arturo Herrera y Moisés Montoya, 15 de junio de 1942, Gaceta Judicial número 1983; casación de Antonio José Estrada, 13 de julio de 1942, Gaceta Judicial números 1984 y 1985; casación de Carmen Antonio Maldonado y Guillermo Téllez, 8 de julio de 1942).

La doctrina expuesta en esos fallos acerca de la manera como debe interpretarse el artículo 45 del mismo Código Penal puede resumirse así:

1º El anteproyecto de Código Penal italiano de 1921, fuente originaria del nuéstro, a pesar de que adoptaba la condenación a tiempo indeterminado y la prisión perpetua, para el caso de concurso de delitos estatuía que se aplicara la sanción correspondiente al más grave considerando los otros delitos únicamente como circunstancias de mayor peligrosidad; y sólo a este título, no por el hecho objetivo del concurso mismo, podía pensarse, y eso interpretando el artículo 23 en relación con el 75, que en tal caso también estaba facultado el Juez para aplicar una sanción superior al máximum de la establecida para el delito más grave.

2º En el Código colombiano no hay disposición que autorice expresamente al Juez para imponer una cantidad de pena superior al máximum fijado para la respectiva sanción; y si es verdad que el artículo 33 dice: "Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente, y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto" esto no significa que se suponga como base el máximo de la sanción correspondiente al delito más grave para hacer sobre ese máximo el aumento.

3º La comisión redactora del anteproyecto de Código Penal colombiano no acogió la pena de prisión perpetua, ni siquiera la sentencia a tiempo indeterminado; y propuso como pena máxima imponible —sin distinguir si se trataba de aplicarla por uno o por varios delitos— la de treinta años de presidio.

4º La comisión del Senado, que estudió el anteproyecto y que lo propuso como proyecto al mismo Senado, estimó excesiva la sanción de treinta años, teniendo en cuenta varios considerandos, entre otros el promedio de duración de la vida humana en Colombia, y resolvió bajar a veinticuatro años el máximo de pena imponible, sin establecer excepciones ni hacer distinción para el caso de que se tratase de sancionar a un reo por varios delitos.

La trayectoria recorrida por el legislador colombiano muestra que, apartándose del anteproyecto de Ferri, no sólo prescindió de establecer la prisión perpetua, sino que aún consideró excesivo el término de treinta años para la pena de presidio, la cual restringió a veinticuatro años, como máximo.

La pena máxima privativa de la libertad, ante el Código de 1936, no puede, pues, pasar de veinticuatro años, aunque se trate de sancionar al reo por varios delitos. Como el Tribunal, creyéndolo más favorable, aplicó el Código de 1890 e impuso a Gil Vitama veinticuatro años, cuatro meses y medio de presidio, incurrió en indebida aplicación de la ley penal y, por consiguiente, debe invalidarse el fallo recurrido.

Prosperando el recurso por la causal 1ª, incumbe a la Corte dictar el fallo que haya de reemplazar al infirmado y para ello se considera:

Obran contra el procesado, como circunstancias de mayor peligrosidad, el móvil innoble de la venganza y el modo de ejecución del delito, pues el ataque sorpresivo de tres hombres armados contra la víctima que en actitud desapercibida venía de su labranza dificultó la defensa de aquélla (numerales 3º, 5º y 6º del artículo 37 C. P.) ;y como circunstancias de menor peligrosidad la falta de ilustración del delincuente y la de ser el primer delito por que se le juzga o buena conducta anterior (numerales 1º y 11º, artículo 38 del Código Penal). A éstas —que el Tribunal de Pamplona tuvo en cuenta— debe agregarse otra circunstancia que se computa a favor del procesado, mediante la analogía autorizada por el artículo 40 del Código para las circunstancias de atenuación, a saber: cuando los delincuentes hubieren dado muerte al dueño de casa pretendió uno de ellos, José Antonio Jaimes, atentar contra Margarita Silva; y fue José Gil Vitama quien le disuadió de su intento con oportuna increpación.

Esta concurrencia de circunstancias de mayor y de menor peligrosidad aconseja aplicar la sanción correspondiente al asesinato en medida que se aproxime a la mitad de la diferencia entre el máximo y el mínimo.

Ahora: como se trata de un concurso real de delitos —asesinato y robo— debe aplicarse la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto (artículo 33 del Código Penal).

Por el asesinato resulta equitativo señalar entre los quince y los veinticuatro años que el Código fija como límite (artículo 363) la pena de dieciocho años de presidio; y aumentando tal sanción en cuatro años por el robo, resultan en total veintidós años de presidio.

A mérito de los considerandos que preceden la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º INVALIDASE la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona fechada el veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y uno que impuso a José Gil Vitama o Duitama la pena de veinticuatro años y cuatro meses y medio de presidio;

2º Condénase a José Gil Vitama o Duitama, como responsable de asesinato en la persona de Roque Becerra y robo, a la pena principal de veintidós años de presidio;

3º El reo José Gil Vitama o Duitama cumplirá la pena de presidio que se le impone, en la penitenciaría que el Gobierno determine y en la forma indicada por los artículos 43 y 45 del Código Penal. Como parte cumplida de dicha pena se tendrá el tiempo que el reo haya estado detenido;

4º Condénase al mismo José Vitama o Duitama a la indemnización de los perjuicios causados por los delitos, y a las siguientes penas accesorias: interdicción de derechos políticos y funciones públicas por un lapso de veintidós años computable en la forma que previene el artículo 97 del Código Penal; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, y pérdida de la patria potestad si la tuviere;

5º Entréguense al Estado las armas con que se cometieron los delitos así como los bienes o efectos que provengan de la ejecución de ellos, sin perjuicio de los derechos de terceros; y

6º Hágase la publicación especial de la sentencia en la forma y términos prevenidos por los artículos 52, 53 y 54 del Código Penal.

El Juzgado de origen hará que se efectúe dicha publicación especial dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, así como también dará cumplimiento al artículo 16 del Decreto número 944 de 1934 sobre anotación de ella en el registro del consejo electoral permanente para lo cual pasará comunicación tanto al Jurado Electoral del domicilio del reo como a la Oficina de Identificación Electoral del Ministerio de Gobierno que funciona en Bogotá.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo — Absalón Fernández le Soto — Campo Elías Aguirre. Julio E. Argüello R., Secretario.

RECUSACION DE UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR

Se necesita hilar muy delgado para afirmar que cuando un Juez le dice al reo: "Tiempo propicio tendrá para alegar esas pruebas" equivale a emitir concepto sobre el mérito del sumario.

Esa frase no es unívoca sino que puede prestarse a varias interpretaciones. En el presente caso y dado el contexto de la providencia en que ella aparece estampada es más lógico pensar que el Magistrado consideró la solicitud sobre pruebas como meramente dilatoria y es claro que jamás deben los jueces prestarse a maniobras habilidosas tendientes a enervar la acción de la justicia.

El cumplimiento por parte de los jueces de las disposiciones legales tendientes a evitar la injustificada demora en el trámite de los procesos no puede tomarse como signo de prejuicio o de parcialidad.

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

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

Ante el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo cursan unas diligencias sumarias contra el Juez 2º del Circuito de Sogamoso por abuso de autoridad y detención arbitraria.

El Magistrado sustanciador de ellas ha sido el doctor Carlos Julio Pedraza, y el apoderado del Juez sumariado lo recusa por la causal 4ª del artículo 73, Código de Procedimiento Penal, que se hace consistir, para este caso, en haber "manifestado opinión sobre el asunto materia del proceso".

No acepta como cierto el Magistrado doctor Pedraza el hecho en que se funda la recusación y por eso ha enviado el expediente a esta Sala a fin de que ella resuelva el incidente.

La investigación contra el juez civil de Sogamoso se inició en octubre de mil novecientos cuarenta; y por auto fechado el diecinueve de junio de mil novecientos cuarenta y uno el Magistrado doctor Pedraza la declaró cerrada. Esta versa acerca de un hecho concreto y sencillo, de suerte que ocho meses de diligencias sumarias no fueron lapso corto para averiguarlo.

El Fiscal del Tribunal pidió nuevas diligencias pero el Magistrado sustanciador se abstuvo de decretarlas "por estar ejecutoriado el auto en que se declaró cerrada la investigación" (fs. 38 v.).

No obstante, en providencia fechada el tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, dijo el mismo Magistrado que al discutirse en Sala el proyecto de fallo por él presentado "se llegó al acuerdo de que el auto que ordenó cerrar la investigación fue prematuro porque aún faltaban diligencias que practicar y era conveniente para la recta administración de justicia decretar algunas de importancia, máxime si se tiene en cuenta que el señor Fiscal de la Corporación, en solicitud del catorce de julio" había pedido ampliación del sumario; y resolvió dicho señor Magistrado revocar su propio auto de clausura de la investigación y reabrirla (fs. 48 v.).

Posteriormente, ya en febrero de mil novecientos cuarenta y dos, el apoderado del juez sindicado solicitó acumulación de este sumario a otro y la práctica de más diligencias.

Como se ve, por este tiempo llevaba ya dieciséis meses de iniciada la investigación; y el Magistrado dijo acerca de tal solicitud que no era el caso de decretar las nuevas diligencias pedidas por el apoderado y que era de rigor dictar el auto de clausura de la investigación.

Al final de esta providencia dice el Magistrado refiriéndose a la solicitud del apoderado: "Tiempo propicio tendrá para allegar esas pruebas".

De esta frase deduce el apoderado que el Magistrado doctor Pedraza ha emitido o "manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso" pues ella equivale, en concepto del señor abogado a decir que el Juez de Sogamoso será llamado a juicio.

Antes de examinar el valor y sentido de esta frase que ha sido el motivo de recusación conviene observar que el señor apoderado del juez sumariado pidió reposición del auto por el cual se negó la práctica de nuevas diligencias y se cerró la investigación. Tal recurso lo falló el Tribunal y no simplemente con la firma del sustanciador sino en Sala de Decisión por cierto que en sentido adverso al reclamante, es decir, que los otros dos Magistrados compartieron la decisión del doctor Pedraza.

Manifiesta el Magistrado que la frase del auto que se ha tomado como motivo de recusación no puede tener el alcance que el señor apoderado pretende atribuírle y lo explica de esta manera:

"Si el auto de fondo termina en un sobreseimiento, su situación jurídica (la del procesado) se resuelve más pronto y entonces las pruebas pedidas sobran; si el auto de fondo termina con un enjuiciamiento, el procesado tiene término de prueba y dentro de él puede pedir las que crea le favorecen (fs. 76 v.).

El doctor Pedraza complementa esta explicación, que la Corte encuentra fundada, con la observación de que el auto de fondo del Tribunal en ningún caso podría dictarlo él solo sino que debe emanar de la Sala de Decisión y que por tanto la recóndita significación que pretende atribuírsele a una frase de su auto no equivale a emitir concepto sobre el sentido en que el negocio va a ser resuelto.

Se necesita hilar muy delgado para afirmar que cuando un juez le dice al reo: "Tiempo propicio tendrá para allegar esas pruebas" equivale a emitir concepto sobre el mérito del sumario.

Esa frase no es unívoca sino que puede prestarse a varias interpretaciones. En el presente caso y dado el contexto de la providencia en que ella aparece estampada es más lógico pensar que el Magistrado consideró la solicitud sobre pruebas como meramente dilatoria y es claro que jamás deben los jueces prestarse a maniobras habilidosas tendientes a enervar la acción de la justicia.

El cumplimiento por parte de los jueces de las disposiciones legales tendientes a evitar la injustificada demora en el trámite de los procesos no puede tomarse como signo de prejuicio o de parcialidad.

Cabe preguntar: ¿es que en ocho meses de instrucción sumaria sobre un hecho tan concreto y sencillo como el imputado al juez del circuito de Sogamoso careció éste de oportunidad para pedir la práctica de unas diligencias que no le parecieron urgentes sino después de cerrada la investigación?

La manera un tanto zumbona con que se ha intentado la recusación da fundamento a pensar que de lo que se trata más bien es de alterar el ánimo del Magistrado Pedraza, y provocar quizá alguna actitud de éste que sí pueda servir de motivo para separarlo del conocimiento. Y en todo caso, demorar el proceso.

Por estas razones la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve este incidente de recusación en el sentido de declarar que el Magistrado del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo doctor Carlos Julio Pedraza NO ESTA IMPEDIDO para actuar en el proceso que ante ese Tribunal se sigue al Juez del Circuito de Sogamoso doctor Luis Enrique

Caicedo Chaparro por abuso de autoridad y detención arbitraria y que, en consecuencia, debe continuar conociendo de dicho asunto.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo—Francisco Bruno—Campo Elías Aguirre—Julio E. Argüello R., Secretario.

CIRCUNSTANCIAS CONSTITUTIVAS DE ASESINATO CONFORME AL CODIGO PENAL ABROGADO Y AL NUEVO CODIGO PENAL

El auto de enjuiciamiento debe expresar con toda claridad las inculpaciones que se hagan al procesado y es mejor, cuando el juez considera que mediaron circunstancias de asesinato, decirlo así. De manera que si no se habla manifiestamente de la existencia de tales circunstancias, tampoco se puede proponer cuestionario al Jurado ni dictar sentencia condenatoria que suponga esas circunstancias. En el caso concreto a que alude el proceso se describieron en el auto de proceder, sin ambigüedad ni atenuaciones, las circunstancias en que fue cometido el crimen. Verdad es que no empleó el vocablo *asesinato*, pero al relatar las circunstancias en que el crimen se consumó, narración que hace parte integrante y esencial del auto, el Juzgado que lo profirió formula implícita pero elocuentemente la inculpación de asesinato.

Tanto el Código de 1890 como el de 1936 consideran que el estado de indefensión y desapercibimiento de la víctima es una circunstancia de asesinato: en el antiguo Código, siempre que fuese unida a la premeditación y en el nuevo, sin necesidad de que ésta medie. Por tanto, si el asunto se juzga a la luz de la ley vigente ahora es asesinato, conforme al numeral 5º del artículo 363; y de acuerdo con el Código viejo, ley coetánea al delito, también es asesinato por concurrir, con la premeditación la circunstancia prevista en el numeral 3º del artículo 586.

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

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Del hecho criminoso juzgado en este proceso trae un conciso pero expresivo relato el párrafo inicial del auto de proceder que profirió el Juez Primero Superior de Bogotá con fecha veinte de noviembre de mil novecientos treinta y seis y que dice así:

"A las siete de la noche del trece de marzo de mil novecientos treinta y dos, se presentaron SIERVO ESPITIA y DOMINGO CHAVARRO con armas de fuego y con linternas en la casa de la familia González, situada en la sección de "Honda y Volcán", jurisdicción del Municipio de Pauna, perteneciente al Circuito Judicial de Chiquinquirá, del Distrito Judicial de Tunja. El citado Espitia alumbró una linterna y dijo: 'Alto ahí, están presos. Quiénes están ahí'. Entonces Romelia González contestó que èstaban Efraincito y sus hermanas, a lo cual se acercó Siervo a la cama en donde estaba dormido el joven Efraím González, le colocó una arma de fuego sobre la cabeza y le disparó un tiro, cuando Chavarro estaba cerca a la puerta, tiro que le causó la muerte instantáneamente. En seguida fueron a la cocina y rompieron vasijas; regresaron al dormitorio de los González, en donde Espitia tomó la peinilla de Efraím y le dio un peinillazo a un peso que había allí colgado cerca a la cama, miró hacia unos objetos que había sobre una tabla, por lo cual Carmen González le manifestó que no tenían dinero, entonces Siervo le sacó al occiso la cartera y se la guardó. En seguida el mismo Siervo dirigió su arma de fuego a donde estaban las hermanas de Efraím, por lo que una de ellas le dijo en

tono suplicatorio: 'No vaya a matarnos sumercecito'. Por último dijo a su compañero que se fueran y fue cuando Chavarro se acercó al occiso y le hizo un disparo en la cabeza. Se retiraron y en el patio hicieron varios disparos, tomando camino hacia el domicilio de Saturnino Murcia en donde hicieron más disparos. Algunos afirman que aquella noche iban a la casa de la familia González en busca de Liborio Vanegas para matarlo, lo que no sucedió porque él estaba en el zarzo y no se dieron de ello cuenta Espitia y Chavarro. Esta somera relación es de lo que tratan los autos.

"La investigación no se levantó por las autoridades de Pauna debido —según parece— a que estaban intimidadas por los sindicados y por ciertos elementos adictos a ellos. El informativo fue levantado en la ciudad de Chiquinquirá".

Conviene advertir que el juicio no se siguió en el Distrito Judicial de Tunja porque el Gobierno resolvió radicarlo en el de Bogotá.

Aun cuando fueron llamados a juicio Siervo Espitia y Domingo Chavarro, la causa hubo de adelantarse con el primero de ellos, pues a Chavarro se le declaró reo ausente.

El Jurado contestó afirmativamente las dos cuestiones que le propuso el Juez de derecho: tanto la referente a ejecución voluntaria del homicidio como la que versaba sobre premeditación, concierto con tercera persona para cometerlo, alevosía, traición y sorpresa a la víctima desapercibida.

La sentencia de primera instancia impuso a Espitia la pena principal de veinte años de presidio correspondiente al delito de asesinato y el Tribunal Superior confirmó dicho fallo. El del juez fue pronunciado el ocho de noviembre de mil novecientos treinta y siete y el del Tribunal lleva fecha diecisiete de febrero de mil novecientos treinta y ocho: ambas sentencias se dictaron antes de entrar en vigencia la nueva legislación penal, de suerte que aplicaron el antiguo Código.

Habiendo recurrido Espitia en casación la Corte invalidó el diez de octubre de mil novecientos treinta y ocho la sentencia del Tribunal, a solicitud del señor Procurador Delegado, por nulidad proveniente de no haber revisado el Tribunal el auto de enjuiciamiento en Sala de Decisión sino con la firma de uno solo de los señores Magistrados.

Repuesto el procedimiento y sometidos a un Jurado nuevo dos cuestionarios iguales a los que se habían propuesto la primera vez, fueron contestados también afirmativamente.

El Juzgado y el Tribunal profirieron sus sentencias cuando ya había entrado a regir el nuevo Código Penal y, con aplicación del mismo como ley más favorable impusieron al reo la pena principal de diez y nueve años de presidio.

Interpuso casación Espitia y en esta segunda oportunidad no dejó abandonado el recurso, como en la vez anterior, sino que ha invocado y tratado de fundar las causales de nulidad, error en la apreciación de la prueba referente al cuerpo del delito, indebida aplicación y errónea interpretación de la ley penal.

El señor Procurador Delegado examina y rebate con todo acierto los reparos hechos por el recurrente contra la sentencia.

Dice así el señor Agente del Ministerio Público:

"3ª.—**Causal.—Error sobre la prueba del cuerpo del delito.**—El cargo está indebidamente formulado, puesto que Espitia no niega la existencia del delito de homicidio consumado en la persona de Efraím González, sino que él sea el autor de ese hecho. Es decir, involucra en esta causal el tema relativo a la responsabilidad, que es cosa distinta.

"Dice Espitia: 'Es evidente que está probado el delito... pero no está demostrado que hubiera sido yo el autor del homicidio...'.

"Luego bastan estas mismas palabras del demandante para dejar sin vida jurídica la causal tercera, que él invoca tan desacertadamente.

"Lo fundamental aquí, o sea la muerte

de un hombre por la obra injusta de otro hombre, se halla plenamente establecido en el proceso, y nadie lo discute.

2ª Causal.—Nulidad del juicio.—También resulta mal invocada esta causal, porque para fundamentarla se arguye que el juicio es nulo en virtud de haberse condenado 'sin existir la plena prueba de la criminalidad o culpabilidad'.

"Los motivos de nulidad están taxativamente enumerados en los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887, aplicables a este proceso, y en ninguno de ellos figura —como no podía figurar— lo relativo a la falta de prueba para condenar, que es materia de otras causales de casación.

"No prospera, pues, esta acusación contra el fallo.

1ª Causal.—Mala aplicación de la ley penal.—Dice el recurrente que el Tribunal violó la ley penal porque aplicó el artículo 363 del Código vigente, en vez del 362 de la misma obra.

"Este cargo, en la forma en que está concebido, no podría prosperar, porque la gravedad del homicidio y las contestaciones del jurado, harían impertinente la aplicación del artículo 362".

La contestación que da el señor Procurador Delegado a las objeciones propuestas por el reo contra la sentencia es tan fundada y clara que la Corte se limita a acogerla, pues resultaría superflua cualquiera otra explicación.

No prospera, pues, el recurso por los motivos que alega el procesado Espitia.

Pero como el señor Procurador de la Nación, por tratarse de proceso antiguo, funda de su parte el recurso invocando la causal 4ª de casación (Ley 118 de 1931), la Corte tiene que entrar en el examen de este punto.

Obsérvase de paso que la causal 4ª no fue alegada por el recurrente; y que no deja de ser discutible la cuestión de si el artículo 6º de la Ley 118 de 1931 facultaba al Procurador para aducir causales de casación no invocadas por el reo o si apenas lo autorizaba para dar y ampliar nuevos motivos o razones del recurso aunque sin proponer causales distintas de las alegadas por el interesado.

El esclarecimiento de este punto va perdiendo importancia a medida que el transcurso del tiempo hace que sean más raros los procesos antiguos venidos en casación. De ahí que la Sala no se detenga a examinarlo a fondo y se limite a consignar esta simple anotación.

"La acusación consiste —son palabras del señor Procurador— en que el Tribunal de Bogotá condenó a Siervo Espitia como reo de asesinato, siendo así que en el auto de proceder solamente se le llamó a responder en juicio como autor de homicidio premeditado. Hubo, pues, exceso en la condenación".

Y para fundar su aserto tránscribe el señor Procurador un párrafo del auto de proceder dictado por el Juez, el cual dice que es preciso someter al Jurado "lo relativo a la premeditación, para que resuelva sobre ello"; y otro pasaje del auto del Tribunal donde se dice: "La circunstancia de la premeditación, teniendo en cuenta algunos datos, no es improcedente ponerla a la consideración del Jurado a ver si la declara o no"; y agregó el Tribunal: "el juzgado no dijo que había premeditación, sino que era preciso someterla al criterio de los señores jueces".

Comenta el señor Procurador que "en ninguno de esos pasajes aparece el cargo nítido y expreso de que Siervo Espitia ejecutara el delito con circunstancias modificadoras o específicas de asesinato, de tal suerte que el homicidio por él cometido quedase elevado a la más alta gravedad; la imputación versó sobre homicidio premeditado y de esa y nada más que de esa imputación debía defenderse Espitia".

Acerca de estos reparos observa la Corte lo siguiente:

El auto de enjuiciamiento debe expresar con toda claridad las inculpaciones que se hagan al procesado; y es mejor, cuando el juez considera que mediaron circunstancias de asesinato, decirlo así.

De manera que si no se habla manifiestamente de la existencia de tales circunstancias, tampoco se puede proponer cues-

tionario al Jurado ni dictar sentencia condenatoria que suponga esas circunstancias.

Pero en el caso concreto de que ahora se trata no sólo es cierta la existencia de tales circunstancias sino que el auto de proceder irrumpe con un párrafo en que se relata el crimen y cuya simple lectura da inequívoca impresión de que el homicidio perpetrado en Efraím González fue un clásico asesinato. Allanar de noche una casa, haciendo intimidaciones a inermes mujeres; acercarse al lecho donde un joven duerme profundamente; colocarle, en ese estado, sobre la frente, la boca de una arma de fuego y oprimir el gatillo de manera de hacer estallar el cráneo de la víctima dormida, es un asesinato ante cualquier legislación y en todas partes.

Si se aceptara que el llamamiento a juicio no precisó circunstancias de asesinato y que el homicidio cometido por Espitia tan sólo podía considerarlo la sentencia como premeditado, habría que llegar a esta conclusión: el Código nuevo no hace del homicidio premeditado una categoría especial sino cuando la premeditación va acompañada de motivos innobles o bajos; y como al Jurado no se le preguntó acerca de este punto de los móviles, habría que reputar el homicidio como simplemente intencional. Ahora: si conforme al Código anterior el homicidio premeditado se sancionaba con presidio de doce a dieciocho años (artículo 595), como el Código hoy vigente establece una sanción de ocho a catorce años de presidio (artículo 362), habría que aplicar la nueva ley penal por ser más favorable al reo y entonces la pena tendría que calcularse en medida muy inferior a la que propone el señor Procurador, diez a doce años de presidio, a lo sumo.

El auto de proceder que sirvió de base al juicio contra Espitia describe, sin ambigüedad ni atenuaciones, las circunstancias en que fue cometido el crimen. Verdad es que no empleó el vocablo asesinato, pero al relatar las circunstancias en que el crimen se consumó, narración que hace parte integrante y esencial del auto, el juzgado que lo profirió formula implícita pero elocuentemente la inculpación de asesinato.

Tanto el Código de 1890 como el de 1936 consideran que el estado de indefensión y desapercibimiento de la víctima es una circunstancia de asesinato: en el antiguo Código, siempre que fuese unida a la premeditación y en el nuevo, sin necesidad de que ésta medie. Por tanto, si el asunto se juzga a la luz de la ley vigente ahora es asesinato conforme al numeral 5º del artículo 363; y de acuerdo con el Código viejo, ley coetánea al delito, también es asesinato por concurrir, con la premeditación la circunstancia prevista en el numeral 3º del artículo 586.

Siervo Espitia fue condenado, si se quiere con benignidad, como lo expresan las sentencias de instancia, y cualquiera disminución de los diecinueve años que se le impusieron sería injusta. Téngase presente que el reo ha bregado por hacer creer que no fue el matador de Efraím González; pero ni Espitia ni sus defensores han pretendido negar que en este homicidio concurrieron las circunstancias de asesinato.

Por lo demás, el auto de enjuiciamiento es parco en apreciaciones de carácter jurídico y en cambio abunda en transcripciones: y como las declaraciones que allí se copian, de testigos presenciales, al describir el hecho dan cuenta de las circunstancias de asesinato que lo rodearon, el juez de derecho que acoge sin reserva alguna tales testimonios, plantea en esa forma el cargo de asesinato.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el parecer del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar, y no INVALIDA, la sentencia del Tri-

bunal Superior de Bogotá fechada el cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta, que impuso a Siervo Espitia la pena principal de diecinueve años de presidio por asesinato perpetrado en la persona de Efraím González.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre—Francisco Bruno— Julio E. Argüello R., Secretario.

NO SE ADMITE UN RECURSO DE REPOSICION

El conocimiento de causa que para el discernimiento de la guarda dativa exigen los artículos 824 del Código Judicial y 14 de la Ley 45 de 1936, se refiere al mérito de las pruebas, o la obligada intervención de las personas o funcionarios (parientes, agentes del Ministerio Público) designados por la ley, conforme al artículo 1203 del C. J., a la prueba de los hechos en que se funda la solicitud. 2.—La ley no considera como infracción penal la interpretación, más o menos errónea, de la ley civil.

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

Previo concepto favorable del Procurador Delegado en lo Penal, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, el primero de octubre del año pasado, declaró en virtud de la norma del artículo 153 de Procedimiento Penal cesado todo procedimiento contra los doctores Antonio José Prieto, Luis Carlos Vásquez y Carlos Rico Morlot, Magistrados del Tribunal de Bogotá, acusados por Alejandrina Romero G., responsables de prevaricato o abuso de autoridad, y ordenó sacar copia auténtica de todo ese expediente y enviárselo al Juez Penal del Circuito de Bogotá, para que adelantara investigación criminal contra Alejandrina Romero por delitos contra la administración de justicia.

El apoderado de la parte civil, el día nueve del mismo mes y año, solicitó reposición, para que se revisara aquella decisión y continuara la investigación, o, subsidiariamente, para que se reformara en el sentido de que se adelantara la investigación criminal contra la denunciante Alejandrina Romero.

Antes de analizar las razones en que el apoderado de la parte civil funda su recurso, conviene sintetizar el desarrollo de esta investigación en el orden siguiente:

a) El 25 de febrero de 1937 el Personero Municipal de Bogotá, fundado en documentos a él presentados, **solicitó** del Juez de Circuito Civil —que lo fue el primero en el reparto— **se nombrara un curador interino a la menor Clara María Romero**, hija natural de Alejandrina Romero y de Emelino Latorre, a la cual éste había dejado bienes valiosos, mientras se le designara un guardador definitivo (folio 1 y 1 v.);

b) El Juzgado 1º Civil del Circuito, en sentencia del veinticinco de junio de mil novecientos treinta y siete (53 v.), resolvió que no había lugar al nombramiento de curador interino, por cuanto en las diligencias sobre guarda a la menor seguidas en el Juzgado 3º del mismo Circuito se había nombrado curador interino de Clara María Romero a su madre natural Alejandrina Romero;

c) El Tribunal de Bogotá, en sentencia del veinticuatro de agosto de mil novecientos treinta y nueve (1 v.) revocó la sentencia del Juez 1º del Circuito Civil, nombró curador interino al doctor Fernando Anzola y declaró que la guarda conferida ponía fin a la patria potestad de Alejandrina Romero sobre su hija Clara María Romero; sentencia que fundó en el artículo 14 de la Ley 45 de 1936 y artículo 1203 del Código de Procedimiento Civil;

d) **Alejandrina Romero**, en memorial del 3 de julio de 1940 (f. 6) denunció ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a los Magistrados doctores Prieto,

Vásquez y Rico Morlot, firmantes de la sentencia de segunda instancia, por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad;

e) El 6 de septiembre de 1940, la misma denunciante se constituyó en parte civil (fs. 24), y su demanda fue admitida el mismo día (fs. 31);

f) El 11 de febrero de 1941, analizadas las pruebas practicadas, se solicitó del Procurador concepto sobre posibilidad de aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal (fs. 59); concepto que fue favorable y en el que, además, el Procurador solicitaba se saque copia del expediente y se envíe al Juez de Circuito Penal para que se inicie investigación criminal contra Alejandrina Romero por delitos contra la administración de justicia (falsas imputaciones hechas ante las autoridades);

g) El 1º de octubre de 1941, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, ordenó cesar todo procedimiento contra los Magistrados Prieto, Vásquez y Rico Morlot, y, también, enviar copia del expediente al Juez de Circuito Penal para investigar el delito de falsas imputaciones hechas ante las autoridades cometido por Alejandrina Romero, y

h) El día 9 de los mismos mes y año el apoderado de la parte civil solicitó reposición de la providencia de la Corte, para que se revocara y, en cambio, se continuara la investigación, o subsidiariamente, para que se revocara en la parte que ordenó iniciar acción penal contra la denunciante Alejandrina Romero (fs. 72).

Los delitos imputados

Alejandrina Romero, así como el apoderado de la parte civil, aquélla en su denuncio y éste en la demanda, afirman que los Magistrados doctores Prieto, Rico y Vásquez, al dictar la sentencia del 24 de agosto de 1939 cometieron los delitos de prevaricato y de abuso de autoridad, y fundan así su imputación:

a) Hubo violación del artículo 593 del Código de Procedimiento Civil por cuanto, para privar a Alejandrina Romero, de su derecho al ejercicio de la patria potestad sobre su hija Clara María Romero, fundaron la causal de mala conducta de la madre en la sentencia de la Curia de 26 de marzo de 1936, documento que no tiene valor probatorio;

b) Hubo pretermisión de las normas de los artículos 462 y 526 del C. C. y 824 del Código de Procedimiento Civil, por animadversión a Alejandrina Romero, por cuanto se nombró curador interino al doctor Fernando Anzola, desconociendo el derecho de la menor a nombrar un curador —como sí la había nombrado en la persona de la madre— y por cuanto el nombramiento del doctor Anzola correspondía, no al Tribunal, sino al Juez de primera instancia, lo que constituye el prevaricato, y

c) Se cometió acto arbitrario e injusto, —lo que constituye el abuso de autoridad— por cuanto el Tribunal privó a Alejandrina Romero de la patria potestad y no aceptó el nombramiento de curadora que en la persona de aquélla hizo la menor Clara María Romero.

Dos cuestiones es necesario considerar:

a) Si en la sentencia del 24 de agosto de 1939 por la cual se privó a Alejandrina Romero de la patria potestad y se designó al doctor Fernando Anzola curador interino de la menor Clara María Romero, se violó la ley material y formal, y

b) Si esta violación constituye, en su esencia y en su finalidad, alguno o ambos de los delitos imputados a los Magistrados de la Sala de Decisión que firmaron aquella sentencia.

Violación de la ley

Se afirma que el Tribunal, al nombrar un curador interino a Clara María Romero, violó el artículo 462 del C. C. no oyó a sus parientes; el artículo 526 del C. C. porque, al hacer dicho nombramiento, privó de la curaduría a su madre natural Alejandrina Romero, nombrada por la misma menor; el artículo 593 del Código de Procedimiento Civil porque la sentencia no

está fundada en hechos conducentes a la demanda y la defensa cuya verdad y existencia no fueron probadas, y el artículo 824 del Código de Procedimiento Civil porque en la designación del curador interino no se procedió con conocimiento de causa conforme a la norma del artículo 1203 del mismo estatuto, y finalmente, porque el Tribunal aceptó, como pruebas, las que fundaron la sentencia eclesiástica por la cual se anuló el matrimonio de Pablo E. Castro y Clara María Romero, y en cuyo juicio no fue parte Alejandrina Romero.

En el fondo, y en resumen, lo que el apoderado de la parte civil afirma es que el Tribunal no podía privar a Alejandrina Romero de la patria potestad porque no se comprobó la causal del numeral 3º del artículo 315 del Código Civil, es decir, la depravación de la madre y porque la única prueba, que es la sentencia eclesiástica de nulidad del matrimonio de Clara María Romero, no tiene valor legal en un juicio civil, y en consecuencia, el Tribunal falló sin conocimiento de causa, requisito éste definido en los artículos 824 y 1203 del Código de Procedimiento Civil.

El Tribunal no sólo consideró la sentencia eclesiástica, en la cual consta el concubinato de Alejandrina Romero con Pablo E. Castro, el matrimonio de éste con la impúber Clara María Romero, existencia continuado del concubinato aún posterior a aquel matrimonio, sino consideró —se repite— el contrato de arrendamiento de los valiosos bienes de la impúber celebrado el mismo día de la sentencia eclesiástica entre el ex-esposo y concubino con Alejandrina Romero, quien ya —en virtud de la Ley 45 de 1936— tenía la patria potestad sobre su hija; y el concubinato entre Alejandrina y Pablo E. Castro, el matrimonio entre éste y la impúber Clara María, hija de Alejandrina, la anulación de este matrimonio y la celebración del contrato por el cual Alejandrina arrendó los valiosos bienes de Clara María el mismo día de la sentencia de anulación, constituyen, en su esencia y finalidad, una clara presunción, que es plena prueba según la norma del artículo 664 del Código de Procedimiento Civil, derivada de tres realidades, todas conexas entre sí, de que Alejandrina Romero sí se hallaba bajo la sanción de los artículos 312 y 315 (numeral 3º del C. C.) incapaz, en consecuencia, de ejercer la patria potestad que le confirió la Ley 45 de 1936 y expuesta a que —como sucedió— perdiera tal derecho en virtud de la norma del artículo 14 de la citada Ley.

El conocimiento de causa que para el discernimiento de la guarda dativa exigen los artículos 824 del Código de Procedimiento Civil y 14 de la Ley 45 de 1936, se refiere al mérito de las pruebas, o la obligada intervención de las personas o funcionarios (parientes, agentes del Ministerio Público) designados por la ley, conforme al artículo 1203 del Código de Procedimiento Civil, a la prueba de los hechos en que se funda la solicitud, todo lo cual se cumplió en el juicio que el Tribunal decidió en segunda instancia.

En efecto, los hechos que fundaron la sentencia eclesiástica, ésta y su relación con el contrato de arrendamiento, llevaron a la conciencia del Tribunal, la conveniencia, para los intereses de la menor, de poner a ésta bajo guardia, sin que pueda argüírse que la apreciación de las pruebas en esta clase de juicios deba realizarse en favor de Alejandrina Romero según la norma del artículo 601 del Código de Procedimiento Civil, porque ésta es general y la del artículo 14 de la Ley 45 es especial, y de preferente y obligada aplicación y, con tanto mayor razón si, a falta de estimación legal de las pruebas, éstas se aprecian de acuerdo con los principios generales de la equidad que no están en desacuerdo con los intereses morales y materiales de la menor Clara María Romero.

Al aceptar la Corte, en forma hipotética, en su fallo del 1º de octubre de 1941, que al estudiar los fundamentos jurídicos del fallo del Tribunal que originó esta investigación, lo más que podía hallarse sería una errada interpretación de las disposiciones civiles aplicadas, no quiso desconocer el mérito legal de las pruebas que

fundaron el fallo del Tribunal, entre ellas la sentencia eclesiástica tan íntimamente vinculada al contrato de arrendamiento, como tampoco quiso desconocer la facultad de poner bajo guardia a la menor, si ello era más conveniente para sus intereses, como lo establece el artículo 14 de esta Ley 45 de 1936; y explícitamente acogió las razones que tuvo el Tribunal para estimar que las pruebas de la mala conducta de Alejandrina Romero que sirvieron para anular el matrimonio de su hija impúber con su concubino, también podrían servir de base para desposeerla de la patria potestad sobre su mencionada hija, ya que si la depravación de la madre fue la causa del matrimonio, también la fue de la pérdida de la patria potestad, en cuyo ejercicio ya había entregado al concubino, mediante un contrato claramente inaceptable, los bienes de la hija, el mismo día de la anulación del matrimonio.

Si hubo, pues, hipotéticamente errada interpretación de la ley, ello no significa violación ni menos si se considera que el artículo 14 de la Ley 45 de 1936 facultó para poner bajo guarda a un menor sometido a la patria potestad, si aquéllo es más concerniente que ésto, para los intereses del menor.

El prevaricato y el abuso de autoridad

Para que la sentencia del Tribunal constituyera prevaricato, se requerirían las siguientes condiciones:

a) Que fuera contraria a la ley;

b) Que fuera expresa o manifiestamente injusta;

c) Que se hubiera dictado por animadversión hacia Alejandrina Romero o simpatía a Clara María Romero, y

d) Que todas o cada una de estas trasgresiones se hubieran realizado "a sabiendas" de que lo eran.

Se comprende, sin esfuerzo alguno mental, que no existe fundamento alguno para afirmar la existencia de aquellos elementos, menos del expresado en la frase "a sabiendas", y que es el que les da el contenido específico de prevaricato.

Menos posible es la imputación de abuso de autoridad, porque —como ya lo dijo la Corte— si no hubo violación de la ley, ni acto arbitrario e injusto, aquel delito no tiene existencia jurídica.

Cesación del procedimiento

El apoderado de la parte civil persigue al solicitar la reposición de la investigación, previo concepto de inaplicabilidad del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal según el cual "en cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado ha existido o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, el Juez, previo dictamen favorable del Ministerio Público, procederá, aún de oficio, **a dictar sentencia** en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento".

La Corte, analizados a fondo los cargos imputados a los Magistrados doctores Prieto, Rico y Vásquez, así como los elementos probatorios de la investigación, ha llegado a la conclusión, clara y precisa, de que no han existido los hechos a ellos imputados, de que la ley no considera como infracción penal la interpretación, más o menos errada, de la ley civil, y de que los mencionados funcionarios no cometieron la trasgresión denunciada; realidades éstas que, si fundan la aplicabilidad del artículo 153, también debieron fundar la omisión de la indagatoria, ya que ésta sólo es obligatoria para los que —conforme al artículo 643 del Código de Procedimiento Penal— en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso, considere el funcionario autores o partícipes en la infracción penal, caso en el cual no se hallan los Magistrados acusados.

Revocar, pues, la providencia de la Corte para continuar la investigación de delitos que no se han cometido y que, por lo inexistentes, no pueden ser a nadie imputados, sería inocuo.

La petición subsidiaria

La inexistencia de los delitos imputados a los Magistrados Prieto, Vásquez y Rico, así como su irresponsabilidad, son tan palpables, están probadas con tánta plenitud, que parece evidente —a menos de prueba en contrario— que Alejandrina Romero denunció —a sabiendas— infracciones no cometidas, y también denunció como responsables de ellas a personas, a sabiendas, de que eran inocentes.

No son, pues, improcedentes, ni la solicitud del Procurador, ni su aceptación por parte de la Corte.

Decisión del recurso

Si en virtud de las razones expuestas, no es admisible el recurso interpuesto por el apoderado de la parte civil, hay otra de no menor realidad jurídica.

Afirmada la aplicabilidad del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, sobre cesación del procedimiento, por inexistencia de los delitos e irresponsabilidad de los acusados, la misma norma da a la providencia que decrete la mencionada cesación, el carácter de sentencia, y si ello es así, entonces tampoco —en virtud del artículo 194 del mismo Código— sería admisible el recurso.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE NO ADMITIR EL RECURSO DE REPOSICION contra la providencia del primero de octubre de mil novecientos cuarenta y uno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Francisco Bruno — Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo — Julio E. Argüello R., Srio. en ppd.

CONCEPTO SOBRE LA SOLICITUD REFERENTE AL CAMBIO DE RADICACION DE UNA CAUSA

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

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno).

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para emitir concepto sobre el cambio de radicación de la causa contra los responsables del homicidio del señor ULPIANO BARONA y de las lesiones personales de la señorita CECILIA BARONA, su hija, solicitado por el doctor Cayetano Renjifo Illera, apoderado de los sindicados, causa que se halla en el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Buga, ha analizado los siguientes documentos:

a) Testimonios rendidos ante el Juez Municipal de Buga, de los cuales se deduce que el señor Ulpiano Barona pertenecía a una de las más apreciadas familias del Valle por su posición social y económica; que los familiares del señor Barona, residentes en Cali, Buga, Palmira y Cerrito están empeñados en obtener la mayor sanción para los sindicados, contra los cuales se ha creado un ambiente de manifiesta hostilidad como lo comprueba el hecho de que cuando alguno de ellos es sacado de la cárcel para alguna diligencia se aglomeran las gentes en actitud de franca amenaza; y finalmente, que dadas las conexiones sociales de la familia Barona con los habitantes de Buga, no sería posible integrar un jurado imparcial y sereno, ni administrar recta justicia;

b) Certificado del Juez Superior del Distrito Judicial de Buga, según el cual, a pesar de que en el despacho de este funcionario hay inscritos cerca de quince abodados, ninguno ha querido encargarse de la defensa de los sindicados, por lo cual el Juez se ha visto obligado a nombrar defensores de oficio de los sindicados entre los abogados residentes en Tuluá (3 y 4).

c) Certificado del mismo funcionario según el cual los hijos del señor Barona se constituyeron en parte civil y su abogado ha intervenido en la causa con la mayor actividad (5);

d) Testimonios según los cuales el señor Antonio José Barona, hijo del occiso, se opuso, con amenazas de muerte, a que el doctor Cayetano Renjifo, defensor de Aristides Cabuyales —uno de los sindicados— fuera a la hacienda de los Barona a presenciar, como apoderado, la indagatoria del mencionado Cabuyales;

e) Certificado o concepto del Agente del Ministerio Público de Buga —(24)— según el cual dicho funcionario considera que en Buga, dada la reacción popular que produjo la muerte del señor Barona "puede que la administración de justicia no sea aplicada debidamente para quienes figuran como procesados, dados los conceptos ya emitidos y los que se emitan al recordar los hechos delictuosos o se hable de ellos".

No hizo uso el Gobierno, posiblemente, de la facultad que le confiere la parte final del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, porque debió de conceptuar, al estudiar los documentos acompañados á la solicitud de cambio de radicación de la causa, que ellos no son suficientes para deducir que el ambiente social del Distrito Judicial de Buga no es propicio a la realización de una justicia perfecta, que es —en todo caso— el objeto fundamental del desarrollo procesal.

En efecto, los documentos allegados —todos auténticos—revelan que en el Distrito Judicial de Buga los funcionarios judiciales —en virtud de la posición social de la víctima y de las circunstancias y móviles del delito— pueden hallarse subordinados a una coacción más o menos extraña, y entonces el organismo del proceso penal, cuyo fin es la verificación de la responsabilidad de los sindicados, no podría garantizar la tutela de la inocencia y de la libertad común; riesgo éste que produce una excepción a las normas de la competencia judicial territorial y un derecho, que ejercita el funcionario o la presunta víctima del riesgo, al cambio de radicación que —técnicamente— es un desplazamiento de la jurisdicción territorial.

Las razones fundamentales que tiene la Corte para resolver favorablemente la solicitud son:

1ª La imposibilidad para los sindicados de ejercer su derecho a la defensa, en virtud de la renuncia de los abogados inscritos en el Juzgado Superior en Buga, fundada en la posición social y económica de la familia del occiso en aquel Distrito, a encargarse de la defensa de los sindicados; y

2ª La imposibilidad para los jueces de realizar su misión, libre, serena y justamente.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, conceptúa que se han cumplido los requisitos del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, y que es conveniente, para la recta administración de justicia, que la causa contra los responsables del delito de homicidio en el señor ULPIANO BARONA y las lesiones personales en la señorita CECILIA BARONA **se radique en cualquier Distrito Judicial que no sean los de Cali y Buga.**

Cópiese y devuélvase el expediente al Ministerio de Gobierno. Publíquese en la Gaceta Judicial.

Francisco Bruno — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Julio E. Argüello R., Srio. en ppd.

CASACION DEL FALLO RECURRIDO POR HABERSE HALLADO JUSTIFICADA LA CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 567 DE LA LEY 94 DE 1938

Para que los jueces municipales puedan conocer de delitos contra la propiedad son necesarios dos factores inseparables: que la infracción tenga arresto o prisión no mayor de cuatro años, y que la cuantía exceda de veinte pesos y no pase de doscientos. La cantidad de pena para fijar la competencia de esos jueces no es la que el fallo determine, sino la que el Código señale, lo cual resulta evidente por la frase que emplea el ordinal 2º del artículo 48 de la Ley 94 de 1938, al hablar de delitos que *están reprimidos* con arresto o prisión *no mayor de cuatro años.* Y el artículo 402 del Código Penal que el fallo recurrido aplicó, trae para el robo simple prisión de *ocho meses a seis años,* pena mayor que el límite máximo de aquel ordinal 2º.

En el caso del actual proceso no se trata de *robo,* por no estar comprobada la violencia a las cosas, sino del delito de *hurto,* también de competencia de los Jueces de Circuito en atención a la pena (artículos 397 y 398, numeral 4º, del Código Penal).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, octubre primero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

Parece que fue la noche del veintiséis al veintisiete de septiembre de mil novecientos treinta y ocho cuando en la ciudad de Popayán le quitaron a Mario Angulo una llanta y su rin, para camión, hecho que el Juez Segundo del Circuito penal y el Tribunal Superior de allí tuvieron como robo, con violencia a las cosas, contra los responsables Urbano Echeverri y Jesús María Concha, sujetos a quienes el Tribunal impuso quince meses de prisión y trece meses y diez días de la misma pena, respectivamente.

El representante judicial de Echeverri hizo valer el recurso de casación que apoya en las causales de los números 1º y 4º del artículo 567, Ley 94 de 1938. También Echeverri invocó, sustentándola, la causal de ese número 4º

Surtida la tramitación que las leyes requieren, decide hoy la Corte el recurso.

Concluye el señor Procurador su concepto de este modo:

"Finalmente hay que decir que la nulidad debe hacerse extensiva al otro acusado que no recurrió en casación, para no incurrir en el grave error de que, por efecto de una simple nulidad, se vayan a crear dos personalidades sustancialmente distintas a un único hecho delictuoso, como sería el dejar inexorablemente condenado a Jesús María Concha por robo de una llanta y cargarle en su cuenta a Urbano Echeverri el delito de hurto de la misma llanta, habiendo sido calificados ambos delincuentes como coautores de idéntica infracción.

"....

"Probada como está la causal cuarta, es inútil ocuparse en el estudio de la primera, pues la sentencia queda sin efecto.

"En fuerza de las razones expuestas, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que INVALIDE la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Popayán

y declare nulo lo actuado a partir del auto de proceder, inclusive".

La Sala acoge las ideas del señor Procurador delegado en lo penal y entra en el estudio de la casación interpuesta.

Causal del número 4º **Cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.**

Alega el recurrente dos motivos que son el 1º y el 8º del artículo 198 de la Ley 94 de 1938: incompetencia de jurisdicción y error en la denominación jurídica del delito.

Motivo 1º Sostiene la demanda que el Juez competente era el Municipal de Popayán, y, al efecto, escribe:

"Dice el artículo 48, numeral 2º, que los jueces municipales conocen en primera instancia de los delitos contra la propiedad que estén reprimidos con arresto o prisión no mayor de cuatro años, cuando la cuantía pase de veinte pesos sin exceder de doscientos.

"Dice el artículo 198, numeral 1º, que son causales de nulidad en los procesos penales, **'la incompetencia de jurisdicción'.**

"De acuerdo con la disposición penal que era aplicable al caso, según aparece del fallo (art. 402), y en atención, como se consigna en el mismo fallo, de que a Echeverri la pena aplicable es la mínima, por ningún aspecto pues, le correspondía una penalidad superior a cuatro años de prisión, y siendo esto así, como así aparece claramente consignado en el fallo a que se alude, **la competencia de este negocio no correspondía en primera instancia al señor Juez penal del circuito,** sino al señor Juez de este Municipio".

La Corte observa:

Para que los jueces municipales puedan conocer de delitos contra la propiedad son necesarios dos factores inseparables: que la infracción tenga arresto o prisión no mayor de cuatro años, y que la cuantía exceda de veinte pesos y no pase de doscientos.

La cantidad de pena para fijar la competencia de esos jueces no es la que el fallo determine, sino la que el Código señale, lo cual resulta evidente por la frase que emplea el ordinal 2º del artículo 48 de la citada Ley 94, al hablar de delitos que **estén reprimidos** con arresto o prisión **no mayor de cuatro años.**

Y el artículo 402 del Código Penal, que el fallo aplicó, trae para el robo simple prisión de **ocho meses a seis años,** pena mayor que el límite máximo de aquel ordinal 2º.

Luego el Juez Municipal de Popayán no podía ni puede conocer de un hecho atribuído a la competencia de los Jueces de Circuito en el ramo penal (número 1º del artículo 47 del Código de Procedimiento), circunstancia que obliga a desechar el cargo contra el fallo por el primer motivo.

Motivo 2º Reproduce en seguida la Corte el completo y jurídico análisis que en el particular extendió el señor Procurador delegado:

"El segundo motivo de nulidad lo hace consistir el señor apoderado, en que el dictamen pericial rendido aquí no demuestra la fuerza o violencia que se ejerciera sobre la puerta del garage donde estaba guardada la llanta materia de la sustracción, por lo cual es necesario descartar el delito de robo y dejar en pie un simple hurto.

"La Procuraduría encuentra plenamente justificado el cargo.

"Efectivamente, sobre las características del delito de robo, sólo existen en el expediente dos piezas dignas de tenerse en cuenta: la declaración del perdidoso Mario Angulo y una diligencia llamada de inspección ocular que corre al folio 96.

"El denunciante señor Angulo declara: 'Al llegar al garage, vi que el abra de la puerta derecha estaba abierta e inmediatamente llamé a Humberto Campo, para que viera el estado en que encontré el garage, y en compañía de Campo, constatamos que la llanta de repuesto con su rin y neumático se la habían llevado; para entrar al garage habían forzado la cerradura'.

"El señor Humberto Campo sólo decla-

ra en lo referente a la propiedad de la llanta en el patrimonio del perdidoso, pero en cuanto a que hubiese constatado fuerza o violencia en la cerradura del garage, nada dijo. Igual deficiencia se nota en el otro testigo citado por el denunciante para probar la propiedad, preexistencia y falta subsiguiente del objeto, el señor Jorge Campo.

"En consecuencia, la sola afirmación del denunciante y perjudicado no prueba plenamente la existencia de la fuerza o violencia, al tenor de los artículos 204, 205, 206 y 224 del Código de Procedimiento Penal.

"La mal llamada diligencia de inspección ocular dice así:

'En Popayán, a los doce días del mes de abril de mil novecientos treinta y nueve, el suscrito Comisario Judicial en asocio de su Secretario, y de los peritos señores Ciro A. Vidal y Miguel Hernando Perafán, se trasladó a los garages de los señores Campo Hnos. con el fin de practicar la diligencia ordenada en el auto anterior. Se les impuso del artículo 191 del Código Penal y luego el señor Comisario Judicial por ante mí el Secretario, los juramentó de la siguiente manera: 'A sabiendas de la responsabilidad que con el juramento asumen ustedes ante Dios y ante los hombres, 'juran ustedes proceder fielmente en las investigaciones que se les confían, hacer todo lo que esté en su alcance para llegar al conocimiento de la verdad, sin otro fin que el de hacerla conocer y declararla ante la justicia, sin exageraciones ni reticencias, sin ambigüedades ni eufemismos? **Contestaron:** lo juramos: Continuaron: somos mayores de edad, naturales y vecinos de esta ciudad, casado y soltero en su orden, alfabetas. Así se les preguntó: En qué sentido rinden ustedes el dictamen pericial que se les ha encomendado? **Contestaron:** Siendo las 10 de la mañana de hoy 12 de abril de mil novecientos treinta y nueve, encontrándonos con el Sr. Comisario Judicial y Secretario, en los garages de los señores Campos Hnos., situados en la Avenida Mosquera de esta ciudad, examinamos minuciosamente la puerta del garage, cerraduras y demás huellas existentes, objeto de nuestra comisión y en tal virtud, exponemos: Se trata del segundo garage, sin número, de oriente a occidente de la Avenida Mosquera, el que actualmente está asegurado con dos aldabas, una de ellas en servicio y la otra rota por el ojo de enganche, la que según nos informa el señor Campo, dueño del garage, ha sido rota últimamente, la puerta en sus dos abras completamente buena, 'el batiente occidental separado de su lugar, pero según el señor Campo fue separado a consecuencia de un golpe con un carro no hace mucho. Tiene actualmente un candado marca 'Yale'. El señor Campo informa que dicho candado no lo tenía, que hace poco se lo pusieron, porque el que tenía cuando fue abierta la puerta se lo llevaron. La llave la tiene el señor Campo. No tiene número, pero es marca 'Yale', la que conserva a ver si alguien fuera con el candado, a buscarla. Los umbrales están en buen estado. No hay otra señal de violencia. Dejamos en los términos anteriores rendido nuestro dictamen, que está de acuerdo con nuestro leal saber y entender. Se les impuso del derecho de lectura y pidieron les fuera leída, lo cual se hizo y manifestaron encontrarla corriente y conforme. En constancia se firma como aparece'.

"Los términos en que se halla concebida tal diligencia, ponen de presente que sólo se trata de un dictamen pericial, y no de una inspección ocular, desde luego que lo que el acta contiene es una exposición de peritos, distinta al examen y reconocimiento personal que debe hacer el juez o funcionario de instrucción de los hechos materia del proceso, en lo cual consiste la inspección ocular. (Art. 210 del C. de P. P.). Por ninguna parte se lee en la diligencia lo que viera u observara el funcionario sobre los hechos materia del delito.

"Por otra parte, aquella diligencia contiene defectos de fondo y defectos de forma que la inhabilitan como prueba para llevar a la demostración del robo.

"El primer defecto de fondo —quizás el más grave— es el relativo a la oportunidad o tiempo en que se hizo el examen pericial.

"El delito se perpetró en los últimos días del mes de septiembre de 1939 (del 26 al amanecer 29). Por un descuido inexplicable, el reconocimiento pericial sólo se practicó el 12 de abril de 1939, esto es, casi siete meses después. Y es obvio que una prueba de esta índole levantada al cabo de tanto tiempo, pierde su eficacia persuasiva, porque es posible que con posterioridad a la consumación del delito, se borren las huellas o rastros dejados por él, o se modifique la actual situación de los lugares y las cosas en que se desarrolló con la realización de nuevos hechos ajenos o no ajenos a la voluntad del delincuente. La prueba entonces se debilita en razón directa del transcurso del tiempo. Y sería inaceptable, demasiado peligroso, retrotraer el estado presente de las cosas a la época pretérita, lejana, en que se cumplió el suceso delictuoso para sacar partido en pro o en contra de la verdad material y efectiva que debe guiar las investigaciones de carácter penal.

"La inspección ocular en materia criminal, dada su misma naturaleza, es una prueba de realización inmediata, porque de otra manera no podría el juez o funcionario de instrucción percibir o comprobar personalmente la existencia de los rastros, huellas, señales o vestigios dejados por el delito. De ahí que con toda razón, el Código de Procedimiento Penal siente estas normas de innegable conveniencia:

'Dictado el auto cabeza de proceso, el funcionario **principiará** la investigación examinando personal y prolijamente, acompañado de peritos o testigos, los rastros de la infracción y recogerá todos los elementos que puedan ser conducentes al esclarecimiento de los hechos'. (Artículo 293).

'Si no se presentaren los peritos o testigos en el momento de la diligencia y el asunto fuere de tal naturaleza que no deba demorarse la práctica de la misma, el funcionario de instrucción la practicará, sin perjuicio de presenciar el reconocimiento que deben hacer después los peritos'. (Art. 300).

'El funcionario de instrucción dispondrá lo conveniente para que se verifiquen a la mayor brevedad posible, y con las precauciones necesarias, los reconocimientos, ensayos, cotejos, análisis, etc., que estimen convenientes los peritos para mejor fundar su dictamen'. (Art. 301).

"De suerte, pues, que la diligencia comentada carece de fuerza probatoria para establecer un vínculo de conexidad entre la actividad delictuosa desarrollada por Urbano Echeverri a fines del mes de septiembre de 1938 en el garage donde fue sustraída la llanta de propiedad del señor Mario Angulo, y los desperfectos que observaron los peritos en ese mismo garage el día 12 de abril de 1939.

"Pero es más: el contenido de la exposición pericial —y esta es otra tacha de fondo— tampoco demuestra la fuerza que se ejerciera sobre la cerradura del garage antes de tomar la llanta.

"Dicen los peritos que el garage estaba asegurado con dos aldabas, una de las cuales se hallaba rota por el ojo del enganche; que el dueño del garage les informó haber sido rota **'últimamente'**; que el batiente occidental se encontraba separado de su lugar, y que según informes del mismo dueño, esa separación obedeció a 'un golpe con un carro no hace mucho'.

"Lo anterior quiere decir con meridiana claridad que la rotura de la aldaba y la separación del batiente eran recientes en doce de abril de 1939, fecha de la diligencia. Y entonces cómo deducir de allí que la fractura de la aldaba ocurrió en los últimos días del mes de septiembre de 1938, época del delito? No es posible establecerlo: lo reciente se opone a lo remoto y antiguo.

"Además, se dice en la diligencia que la separación del batiente, según datos del dueño del garage, fue producida por el golpe de un carro 'no hace mucho'. Por qué no pudo ese mismo golpe afectar la aldaba y romperla? Quién puede asegu-

rar que las cosas no sucedieron así? En tal virtud, se abre en la mente del juzgador una seria duda sobre el particular, y con tan deleznable elemento probatorio no se puede dar por existente el robo. Se trata aquí del cuerpo del delito, cuya demostración debe hacerse plenamente, sin recurrir a cálculos, ni aproximaciones, ni términos medios.

"En lo concerniente a los defectos de forma o procedimentales que invalidan el dictamen pericial, se tiene:

"El artículo 215 de la Ley 94 de 1938 dice que, aún tratándose de la inspección ocular, 'los puntos materia del dictamen pericial, la fuerza probatoria de éste se apreciará conforme a las reglas dadas en el capítulo sobre prueba pericial'.

"Pues bien: en ese capítulo se encuentran dos disposiciones acerca de la manera como debe procederse antes de oír a los peritos y después de oídos.

"La primera enseña que el perito, antes de tomar posesión de su cargo, debe ser amonestado por el Juez o funcionario respectivo 'sobre la trascendencia moral del juramento, sobre la responsabilidad que este acto impone ante Dios y ante la sociedad, y sobre las sanciones establecidas contra el perjuro y el prevaricador por las leyes de la República'. (Art. 261). Y la omisión de esa formalidad hace nulo el peritazgo, por mandato del mismo artículo.

"En el presente caso, no se hizo la amonestación en referencia. Luego el dictamen está viciado de nulidad.

"La segunda disposición ordena que el peritazgo debe ponerse en conocimiento de las personas que intervienen en el proceso (art. 266), lo que tampoco se cumplió.

"Todo lo cual impone la conclusión de que lo expuesto por los peritos carece de valor, no quedando entonces elemento de juicio para aducir la existencia del robo imputado a Urbano Echeverri y a Jesús María Concha. Jurídicamente se está en presencia de un delito de hurto.

"Por otra parte, se carece de prueba acerca de que la llanta fuese sustraída empleando otros medios distintos de violencia, como por ejemplo, quitándole los tornillos que la aseguraban al carro, o desprendiéndola fuertemente de sus sostenes de presión, etc. No se sabe siquiera el sitio preciso que ocupaba la llanta cuando fue tomada por los responsables. Apenas se tiene conocimiento que se hallaba dentro del garage y al parecer suelta, como puede interpretarse del siguiente pasaje de la declaración de Humberto Campo: 'La llanta la guardaba el señor Angulo en un garage que nosotros le tenemos alquilado'.

"No sobra advertir que si se acepta la existencia del hurto, en vez del robo, la competencia para conocer del negocio sigue aún radicada en el señor Juez Penal del Circuito de Popayán, conforme a los artículos 397 y 398 (ordinal 4º) del Código Penal, en armonía con el 47 y 48 del Código de Procedimiento".

Justificada la causal 4ª del artículo 567, Ley 94 de 1938, bajo el aspecto de la nulidad que consiste en haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción (numeral 8º del art. 198 **ibidem**), es preciso proceder como lo previene la letra b) del artículo 570 de dicha Ley, comprendiendo en la infirmación al reo Jesús María Concha, no recurrente, para eludir el absurdo que la Procuraduría mencionó.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, acorde con la opinión del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º Invalídase la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, condenatoria de Urbano Echeverri y Jesús María Concha, por robo, a quince meses de prisión y trece meses y diez días de igual pena, en su orden;

2º Declárase nulo lo actuado desde el auto de proceder inclusive; y

3º Devuélvase el proceso al Juez 2º del Circuito penal de Popayán, por conducto del Tribunal, para que reponga el procedimiento.

Notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre. — José Antonio Montalvo. — Manuel Caicedo Arroyo. — Julio E. Argüello R., Srio.

ACUMULACION DE DOS O MAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA RESPONSABILIDAD RESPECTO DE UN MISMO DELITO

Al atacar el recurrente el fallo del Tribunal en cuanto éste apreció los hechos de manera equivocada, negándoles el mérito probatorio que tienen sobre un elemento que exime de responsabilidad al acusado, elemento que es la legítima defensa ejercida por el reo, alude a que el veredicto adolece de injusticia notoria, fenómeno que sí cabe dentro de la necesaria y lógica interpretación de la causal segunda del artículo 567, Ley 94 de 1938, como lo ha establecido la Corte en varias sentencias.

En principio o en tesis general sí pueden concurrir y tener efectividad varias atenuaciones de la sanción, siempre que sean separables en el desarrollo de las peculiaridades que sirvan para diferenciarlas. Por qué, v. gr., un cargo de homicidio meramente intencional, de los que reprime el artículo 362 del Código, que el Jurado rebaja a la condición de ultraintencional, afirmando también que se perpetró en riña imprevista, no es susceptible de las disminuciones de los artículos 365 y 384? Y el estado de ira o de intenso dolor y la riña imprevista también permitirían las atenuaciones de ambas ocurrencias. Mas cuando la riña, como en el caso concreto de autos, no es sino uno de los factores integrantes de la reacción causada en el ánimo del sujeto grave e injustamente provocado, esa parcial exteriorización del incontenible arrebato que hace surgir el provocador, se engloba en la totalidad del estado de ira o de dolor intenso.

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

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

Vistos:

El defensor de Jesús Salgado Franco recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que a dicho sujeto le impuso treinta y dos meses de presidio por la muerte que ocasionó a Pedro Obando, en esa ciudad, el diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta.

Aplicó el fallo la sanción mínima del artículo 362 del Código Penal, rebajada a la tercera parte de que habla el artículo 28, ibídem.

La demanda invoca las causales de los números 1º, 2º y 3º del artículo 567, Ley 94 de 1938, y el señor Procurador delegado solicita que no se infirme la sentencia.

Cumplidos los trámites en la Corte, se procede a decidir el recurso.

Causal del número 2º—**Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción.**

Dice el defensor:

"Los hechos, según la historia que denuncia el proceso, se consumaron para defenderse el señor Salgado del peligro en que se vio cuando su gratuito agresor y atacante lo hacía armado con una pata de tijera, arma peligrosa como ninguna, y Salgado sólo lo hirió cuando Obando se había constituído en un verdadero peligro para su persona. Así lo dijo Salgado en su confesión que no fue desvirtuada durante el proceso, porque en tratándose de la apreciación de pruebas en derecho penal, y para conocer la situación jurídica de una persona, es evidente que la defensa legítima sólo puede apreciarse en el momento preciso en que tales hechos principian, y no cuando terminan, que es en lo que ha consistido la errada interpretación de los hechos dada por el H. Tribunal".

La precedente transcripción significa que el demandante, al atacar el fallo del Tribunal en cuanto éste apreció los hechos de manera equivocada, negándoles el mérito probatorio que tienen sobre un elemento que exime de responsabilidad a Salgado, elemento que es la defensa legítima ejercida por el reo, alude a que el veredicto adolece de injusticia notoria, fenómeno que sí cabe dentro de la necesaria y lógica interpretación de la causal 2ª del artículo 567, Ley 94 de 1938, como la Corte lo ha establecido en varias sentencias (casaciones de 24 de noviembre de 1941 y 16 de febrero de 1942, Gaceta Judicial número 1978, págs. 237 a 240 y 252 a 259).

Y no es que el recurrente enfoque el reparo hacia el cuerpo del delito de homicidio, hipótesis de que habla el señor Procurador, aun cuando es verdad "que si resultare probada la legítima defensa, la muerte que Salgado le ocasionó a Obando tendría apenas la apariencia pero no la sustancia del delito, por tratarse de una causal de justificación".

La materia de la tacha al fallo directamente se endereza a que se prescindió de la justificación positiva del hecho, por defensa legítima de Salgado, caso en el cual hay un elemento que lo exime de responsabilidad.

Considera la Corte:

En la indagatoria el homicida asegura que Obando lo agredió con una pata de tijera, y que entonces él, Salgado, se encontró en la necesidad de defenderse.

Desconoció el Jurado, negándola, esa defensa legítima, y con toda razón, porque los testigos presenciales Policarpo Afanador (5, 6, 18, 57 y 58), Antonio Grégory (6 v. y 7, 57 y 58), Benjamín Morales (16 v. y 17), Jaime Angel (21 v. y 22), Gustavo Restrepo (22 v. y 23) y Benigno Gutiérrez (31 y 32, 59), declaran, pues lo vieron, que Obando sacó de un bolsillo de atrás de los pantalones la pata de tijera cuando ya Salgado lo había herido, sin que la víctima hubiera alcanzado a tirarle a su adversario con tal arma. Obando cayó al suelo y murió en seguida.

Pero el defensor pretende anular la aseveración de aquellos testigos y, al efecto, aryuge que, por la naturaleza de la lesión o lo instantáneo de la muerte, a Obando le faltó tiempo y no pudo tener la suficiente energía para el movimiento de coger o sacar la pata de tijera, una vez herido, conforme "a la prueba científica que lo es el dictamen de los señores médicos legistas".

En el acta de la autopsia expresaron los médicos que "la muerte de Obando debió ser instantánea", pues la herida de instrumento cortante y punzante, al lado derecho del esternón, rompió la pleura parietal, el pericardio "y fue a perforar la pared anterior de la arteria aorta, en un punto situado unos dos y medio centímetros hacia arriba de su nacimiento, es decir, de la base del ventrículo izquierdo del corazón".

Y a pesar de los destrozos de la herida en el cuerpo del occiso, Obando sí pudo sacar el arma de uno de los bolsillos de sus pantalones, posibilidad que admite la medicina legal, que la práctica enseña, que bien se compadece con las características de la lesión anotada y que los médicos legistas no desechan en la autopsia,

pues lo instantáneo de la muerte de Obando únicamente indica que pocos segundos sobrevivió a la herida, habiendo tenido, en esos pocos segundos, tiempo y capacidad de esfuerzo físico para armarse.

Lo que depusieron los testigos subsiste sin lugar a dudas, y, por tanto, no prospera la causal de error en la estimación de los hechos que el recurrente relaciona con la prescindencia de una supuesta defensa legítima de Salgado.

Causal del número 3º—**Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado.**

Del concepto de la Procuraduría copia la Sala los siguientes párrafos:

"Al Jurado se sometieron siete cuestiones: 1ª Hecho material del delito; 2ª Propósito de matar; 3ª Estado de ira; 4ª Intenso dolor; 5ª Riña casual; 6ª Legítima defensa de la personalidad física; y 7ª Defensa legítima del honor.

"Las cinco primeras fueron contestadas de manera afirmativa, y negativamente las dos últimas. Es decir, la situación asignada a Salgado por los Jurados fue esta: sí es responsable de haber dado muerte a Obando de manera intencional, en estado de ira e intenso dolor y en riña casual, apreciación ésta de los hechos que no envuelve contradicción.

"El señor Juez Superior desarrolló los veredictos acumulando esas circunstancias modificativas de la responsabilidad y aplicó conjuntamente los artículos 28 y 384 del Código Penal, haciendo las reducciones allí establecidas. Con ese criterio impuso a Salgado Franco la pena principal de diez y seis meses de presidio.

"Mas el Tribunal no admitió la concurrencia simultánea de tales circunstancias y optó por tener en cuenta únicamente lo previsto por el artículo 28 del Código, condenando a Salgado a 32 meses de presidio".

El desacuerdo de la sentencia con el veredicto lo funda el recurrente en que el Tribunal no tuvo en cuenta la afirmación del Jurado acerca de la riña imprevista, elemento que hacía obligatoria la rebaja que ordena el artículo 384 del Código Penal, aparte de la reducción contenida en el artículo 28 **ibidem.**

"En tal virtud, escribe el señor Procurador delegado, el punto jurídico que debe resolverse es este: pueden acumularse dos o más circunstancias modificadoras de la responsabilidad respecto de un mismo delito, de tal suerte que al responsable deban aplicarse a un tiempo las distintas disposiciones penales que regulan esas circunstancias?".

Y el señor Procurador delegado concluye que la atenuante de alcance mayor "absorbe la situación menor", es decir, la Procuraduría soluciona el problema en el sentido de que no es jurídica la acumulación de circunstancias cuando éstas implican sendas reducciones de la pena, siendo de rigor entonces atender sólo a la circunstancia de mayor beneficio para el reo, en demostración de lo cual el señor Procurador adujo un ejemplo de términos irreales y contradictorios.

La Corte observa:

Por provocación de Obando con grave e injusta ofensa a Salgado, los dos hombres se empeñaron en abierta riña que tuvo lugar dentro y fuera de una **cantina** que se llama "El Harem".

Provocada la pelea por Obando, Salgado la aceptó. En la lucha hubo puñetazos recíprocos, y hasta con una botella intentó el último golpear al provocador.

Así las cosas, no fue imprevista la riña para ninguno de los dos, y el veredicto sobre el particular repugna a la evidencia de los hechos, lo que debió decretarse en las instancias. Mas la Sala no puede corregir semejante injusticia que no se propuso por el defensor y que iría en perjuicio de Salgado.

En firme ese veredicto, por qué el reo no es acreedor a la rebaja del artículo 384 del Código Penal?

No será ciertamente por las confusas reflexiones del Tribunal, ni por la absorción que la Procuraduría alega.

En principio o en tesis general sí pueden concurrir y tener efectividad varias

atenuaciones de la sanción, siempre que sean separables en el desarrollo de las peculiaridades que sirvan para diferenciarlas. Por qué, v. gr., un cargo de homicidio meramente intencional, de los que reprime el artículo 362 del Código, que el Jurado rebaja a la condición de ultraintencional, afirmando también que se perpetró en riña imprevista, no es susceptible de las disminuciones de los artículos 365 y 384? Y el estado de ira o de intenso dolor y la riña imprevista también permitirían las atenuaciones de ambas ocurrencias.

Mas cuando la riña, como en el caso concreto que se estudia, no es sino uno de los factores integrantes de la reacción causada en el ánimo del sujeto grave e injustamente provocado, esa parcial exteriorización del incontenible arrebato que hace surgir el provocador se engloba en la totalidad del estado de ira o de dolor intenso.

Si existiera el pretendido desacuerdo de la sentencia con el veredicto y fuese menester invalidar el fallo del Tribunal, el que dictara la Corte para reemplazarlo nunca conduciría a un aumento de la pena de treinta y dos meses de presidio.

Recurrida en casación la sentencia por el defensor, en cuanto es desfavorable a Salgado, al casarla y hacer operante el veredicto de la riña imprevista, forzosamente la Corte tendría que mejorar la suerte del reo y reducir la sanción que el Tribunal dedujo, sin poder excederla bajo ningún pretexto. De manera indefectible habría que tomar el mínimo de ocho años del artículo 362 del Código Penal, y sacar de allí las dos disminuciones de los artículos 28 y 384 ibidem.

A la suposición del aumento de pena la faltaría en absoluto, pues, todo sostén legal y jurídico.

Por camino diverso de los que escogieron el Tribunal y el señor Procurador, la Corte llega a la persuasión de que la sentencia concuerda con el veredicto.

Causal del número 1º—Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Expone el recurrente:

"El estudio que antecede acerca de la interpretación de las disposiciones legales ya enunciadas, está diciendo que en la sentencia demandada se violó la ley penal, por errónea interpretación, al desconocer en dicha interpretación la existencia de una de las circunstancias determinantes de la sanción, o sea la existencia de la riña casual. Esta errada interpretación de los artículos 28 y 384 ha hecho que en contra de Jesús Salgado se haya dictado una sentencia con una pena mayor de la que se fijó en el veredicto. Como fundamento de esta causal me acojo al razonamiento que se hizo para fundamentar la causal anterior".

Si la base de este motivo es la misma que el recurrente puso para la causal de descuerdo del fallo con el veredicto, tampoco puede haber interpretación errónea o indebida aplicación de la ley penal.

En atención a lo dicho y de acuerdo en el fondo con el concepto del señor Procurador delegado, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que condenó a Jesús Salgado Franco a treinta y dos meses de presidio como autor responsable de la muerte violenta de Pedro Obando.

Devuélvase el proceso al Tribunal.

Notifíquese, cópiese e insértase en la Gaceta Judicial.

Campo Elías Aguirre. — José Antonio Montalvo. — Manuel Caicedo Arroyo. — Julio E. Argüello R., Srio.

SALVAMENTO DE VOTO

Considero, como mis dos ilustrados compañeros de Sala, que no debe invalidarse el fallo recurrido: estoy, pues, de acuerdo con ellos en cuanto a la parte resolutiva de la sentencia de casación. No así en cuanto a la motivación de ésta.

Laudable empeño el de la mayoría de la Sala cuando se propone evitar que se hagan dos benévolas deducciones a la sanción que en estricta justicia debía haberle correspondido a Jesús Salgado Franco. Creo también que la decisión del Jurado sobre riña imprevista no está de acuerdo con la verdad de los hechos ni con las pruebas del proceso; mas como las partes no han planteado en casación el motivo de notoria injusticia del veredicto, la Corte no puede partir de la base de que el veredicto sea notoriamente injusto ni infirmar la sentencia por este aspecto de la causal segunda.

Pero me parece innegable que como la sentencia prescindió del veredicto afirmativo del Jurado sobre uno de los cuestionarios que se le propusieron, hay desacuerdo entre ella y el veredicto ya que éste, justa o injustamente, declaró que el homicidio fue cometido en riña imprevista.

En mi concepto resulta fundada la causal de desacuerdo entre la sentencia y el veredicto.

Hay, pues, teóricamente, en este caso, un motivo de casación; pero como de prosperar el recurso la Corte dictaría el fallo que reemplazara al infirmado, la invalidación de la sentencia resultaría prácticamente ineficaz por lo que en seguida se dirá.

Los juzgadores de instancia, ateniéndose únicamente a la lista de circunstancias de mayor y menor peligrosidad formulada por los artículos 37 y 38 del Código Penal, consideraron que debía aplicarse en este caso el mínimo de la sanción establecida por el artículo 362; y al hacer la deducción del artículo 28 el Tribunal y esa juntamente con la del 384 el juzgador de primera instancia, efectuaron una y otra deducción en los términos más benignos o de favor para el reo.

La Corte, como sentenciador de instancia, tendría, sin duda, que proceder con criterio diferente al del Juez y el Tribunal pues atendidas la gravedad y modalidades del hecho delictuoso la pena no podría en justicia ser menor del medio entre el máximo y el mínimo de la sanción base, es decir, aproximadamente unos once años de presidio.

Y hechas sobre este guarismo las deducciones de los artículos 28 y 384 resultaría una pena mayor de cuatro años de presidio.

Tal sanción, aunque exigua, no podría imponerse en la sentencia de casación porque este recurso sólo puede entenderse interpuesto en lo desfavorable al reo y por consiguiente sería imposible invalidar el fallo del Tribunal para agravar o aumentar la sanción.

Motivada en esta forma la sentencia de casación se habría llegado, por distinto camino, a la misma conclusión: no invalidar el fallo del Tribunal. Y aun cuando así no fuera, estimo menos mal invalidar un fallo que se encuentre en condiciones como éstas e imponer al procesado una sanción menor, que juzgar el punto en derecho haciendo caso omiso de un veredicto.

Demasiado grave me parece el precedente de prescindir del veredicto sin declaración notoriamente injusta; de ahí que haya considerado de mi obligación hacer este salvamento de voto.,

José Antonio Montalvo

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre dieciseis de mil novecientos cuarenta y dos.
(Magistrado ponente: Dr. Manuel Caicedo Arroyo)

El Procurador General de la Nación remitió a la Corte Suprema el memorial del señor José S. Camacho Q. fechado en la población de Sevilla, en el Departamento del Valle, en el cual acusa al señor Gobernador de dicho Departamento y al Director de Educación, por los delitos de usurpación de funciones públicas, violación de leyes y preceptos legales, denegación de justicia, que afirma se han cometido por haber violado las leyes y decretos que consagran la inamovilidad de los maestros de escuelas y colegios, puesto que ni siquiera levantaron el expediente que para ello se requiere, y eso está erigido en delito. Han usurpado una función que corresponde al supremo gobierno, como es la calificación y fijación del escalafón, colocando a su amaño maestros de menor categoría de la que tienen en el escalafón y elevando a otros a superiores sin derecho alguno, y esto está erigido en delito; se han negado a oír los reclamos legales que han sido elevados a la Gobernación contra las remociones, promociones y rebajas en el escalafón, y ésta es legítima denegación de justicia.

La Corte admitió la acusación y ordenó la práctica de varias diligencias abriendo la investigación correspondiente. Así se han allegado: los decretos de nombramientos de todos los maestros para el período de 1940 a 1941; la copia del escalafón de maestros de dicho Departamento; el Decreto de nombramiento del Gobernador, doctor Alonso Aragón Quintero, y el acta de posesión; y se verificó un cotejo entre el escalafón y los Decretos sobre nombramiento del magisterio, estableciéndose quiénes fueron removidos, quiénes ascendidos, cuáles rebajados y quiénes nombrados sin figurar en el escalafón.

La acusación, como se ve, no se hizo en forma concreta, señalando cuál nombramiento de maestro lo colocaba en categoría inferior, cuál había sido ascendido sin causa, quién había reclamado por la exclusión ni cuál era el Decreto por el cual se señaló la categoría del escalafón para maestros.

Además, en octubre de 1940, que fue cuando el doctor Aragón Quintero dictó los decretos sobre nombramiento de maestros, no regía el escalafón señalado en la Resolución número 368 de 1937, pues estaba modificado por muchas resoluciones posteriores.

Por otra parte, la acusación global y abstracta ha obligado a examinar todos los decretos relacionados con los nombramientos de maestros, sin que se pueda deducir de ellos una violación de la ley.

Las respuestas que da al ser indagado el doctor Aragón Quintero, explican perfectamente las causas y motivos que tuvo en cuenta al verificar los nombramientos con el propósito de mejorar la instrucción, sin perjudicar a ninguno de los maestros y sin preferencias indebidas.

Dice así el señor Gobernador del Valle al contestar las preguntas que se le hicieron en la indagatoria:

"En primer término, debo hacer notar que la Resolución sobre Escalafón a que se refiere la pregunta fue dictada en mil novecientos treinta y siete (1937) y yo no ocupo el cargo de Gobernador del Valle sino desde marzo de mil novecientos cuarenta (1940). Antes del Decreto o De-

cretos de nombramientos para el año lectivo que se inició en octubre de mil novecientos cuarenta (1940), se habían dictado numerosos decretos anteriores de nombramientos, por los Gobernadores doctores Tulio Enrique Tascón y Demetrio García Vásquez. Es muy posible que mis antecesores por circunstancias múltiples dejaron de nombrar también personas incluídas en el Escalafón. En lo que respecta a mí, los decretos dictados el año pasado trataron de copiar los entonces vigentes a fin de nombrar el personal de maestros que estaba en servicio, sin que quedara ninguno por fuera. No conozco reclamaciones por personas no incluídas en el Escalafón, que se hubieran hecho con anterioridad a esos decretos, para pedir su inclusión en el nuevo año de estudios. En los decretos que se dictaron el año pasado dejaron de incluírse, con relación a los decretos vigentes y que habían sido dictados por mis antecesores en la Gobernación, unos pocos nombres y los vacíos o deficiencias se fueron corrigiendo durante el año escolar. Es muy natural que entre un personal que llega casi a mil quinientos (1.500) institutores, puedan omitirse unos pocos nombres o cambiarse la categoría del Escalafón en que figuraban; todas esas deficiencias que, repito, son muy pocas en relación con los Decretos que regían cuando entré a ocupar el cargo de Gobernador, se fueron corrigiendo en el curso del año escolar. Por otra parte existen causas diversas para que muchos maestros no figuren en los nombramientos, aunque lo están en el Escalafón; con ayuda del personal de la Dirección de Educación Pública procedemos a revisar nombre por nombre para dar las explicaciones de cada caso. Posteriormente cotejaremos los Decretos dictados por mí con el personal existente cuando entré a la Gobernación, a fin de que se vea que la omisión viene de atrás y obedece a las razones ya apuntadas. Otra circunstancia que debe tenerse en cuenta, es la apropiación que la H. Asamblea Departamental hace cada año de partidas para la educación primaria; mientras me ha tocado actuar se ha gastado aún más de las apropiaciones del Presupuesto y me parece que sería discutible la obligación que tenga un Gobernador para nombrar institutores en servicio a todas las personas que al Ministerio de Educación se le ocurra incluír en el Escalafón, aunque los fondos departamentales no alcancen para cubrir esas erogaciones y aunque la Asamblea Departamental no autorice fondos suficientes para pagar el personal excedente. Me parece conveniente acompañar al expediente los decretos dictados en el año lectivo inmediatamente anterior a mi ingreso a la Gobernación, para que se cotejen con los dictados por mí. Para contestar la pregunta con el detalle minucioso que ella pide es indispensable un término mayor del que se me ha otorgado, pues necesito hacer revisar todos los nombramientos a fin de explicar las razones que determinaron al gobierno a hacerlos en la forma en que los hizo, y como se trata de una lista muy larga, y estamos en el comienzo del año lectivo, no ha sido posible estudiar todavía la individualidad de cada nombramiento".

En cuanto a la lista de las personas que se decía que figurando en el Escalafón habían sido desalojadas del magisterio, agrega:

"Como puede observarse, la no inclusión de los nombres a que se refiere la pregunta en los decretos de nombramientos que me tocó hacer, obedece a múltiples causas y circunstancias suficientemente explicadas: muertes, jubilaciones, ascensos a otros cargos mejor remunerados, renuncias, retiros voluntarios, enfermedades, inhabilidades, y la mayoría sí están ejerciendo el magisterio designado por los numerosos decretos que me he permitido citar en cada caso particular. Pero existe un último argumento para que muchos nombres de la Resolución número 358 de 1937 no figuren en los decretos de nombramiento, y para que en esos decretos se incluyan a su turno otros no incorporados en aquella providencia: cuando se dictaron los decretos que motivan esta

investigación, no estaba en vigencia el Escalafón del magisterio señalado en la Resolución número 458 de 1937; se habían dictado ya por el Ministerio de Educación otras resoluciones y providencias para revisarlo y entre estas resoluciones cito la número 1047 de 10 de diciembre de 1938, que derogó casi en su totalidad, o modificó la Resolución 358 de 1937. El Escalafón no es una providencia inerte e inmodificable, sino obedece a las circunstancias de cada año escolar y por ello permanentemente se dictan providencias que incluyen nuevos institutores o que excluyen de la nómina otros anteriormente incluídos. Hoy no está vigente ya ninguna de las resoluciones antes citadas sobre escalafón. Este se revisó una vez más y sobre el particular rigen las resoluciones números 1047 de 1940 (D. O. número 24.553 y 24.554); 728 de 1941 (D. O. número 24.722); 773 de 1941 (D. O. número 24.726); 947 de 1941 (D. O. número 24.765); y 1.408 de 1941 (D. O. número 24.805). La Gobernación una vez más ha tenido que amoldar los decretos a las resoluciones sobre escafalón. Posiblemente en los nuevos decretos de este año no figuran muchos de los maestros incluídos en los decretos de 1940 o se han incorporado otros institutores que antes no figuraban en el escalafón".

Fue también preguntado el doctor Aragón Quintero sobre el por qué había nombrado maestros en una categoría superior a la en que figuraban en el escalafón. Y a este respecto contestó:

La Gobernación a mi cargo no ha señalado categoría de escafalón para maestros. Mi antecesor en el cargo de Gobernador, Dr. Demetrio García Vásquez, y su Secretario de Educación pública, Sr. Luis Carlos Velasco Madriñán, con un alto sentido de justicia, estudiaron el caso de los institutores que trabajan en Cali y Buenaventura, en donde el alto costo de la vida en la primera población y el mal clima en la segunda, hacían poco menos que imposible para los institutores trabajar con tan exiguos sueldos, iguales a los que prestan sus servicios en otros lugares más apropiados. Por tal causa dictaron el Decreto número 653 de 20 de noviembre de 1939 para asimilar únicamente para los efectos del sueldo, a aquellos institutores que trabajaban en Cali y Buenaventura, a maestros de categoría superior a la señalada por la providencia del Ministerio de Educación. Al posesionarme de la Gobernación encontré este estado de cosas y consideré por demás justo compensar las precarias condiciones del magisterio de Cali y Buenaventura, mejorando la asignación de esos institutores. Para tal efecto, se dictó el decreto número 850 de 1940, que en ninguna parte habla de señalar categorías especiales a los maestros. Su artículo primero dice: ".....Desde el primero de noviembre del presente año, los sueldos de los maestros del Municipio de Cali y del Municipio de Buenaventura, personal de las escuelas urbanas, se pagará así: a) Los maestros y maestras que presten sus servicios como seccionales en las escuelas urbanas de Cali y Buenaventura, no escalafonados o de cuarta categoría en el escalafón nacional, devengarán como sueldo mínimo cincuenta pesos ($ 50.00); b) Los maestros seccionales que presten sus servicios en las ciudades de Cali y Buenaventura, que figuren en el escalafón nacional en tercera categoría y que comprueben ser casados, devengarán sueldos como maestros de segunda categoría, o sea sesenta pesos ($ 60.00)". Es decir, que la Gobernación a mi cargo no hizo otra cosa que señalar los sueldos, de conformidad con atribuciones señaladas en la ordenanza número 32 de 1940. El señalamiento de sueldos para los funcionarios departamentales es atribución privativa de la Asamblea y de la Gobernación y al hacerlo no se ha invadido atribución alguna del Gobierno Nacional, ni se ha colocado a los maestros en una determinada categoría del escalafón con los derechos inherentes a esas categorías. Ojalá que los recursos del fisco departamental permitieran subir los sueldos de los institutores y colocarlos para efecto de esas asignaciones en categorías muy superiores a las

que señalan las resoluciones ejecutivas sobre el particular".

No constituyendo delito los hechos imputados al señor Gobernador del Departamento del Valle, sería el caso de dar aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal. Mas como ya se ha cerrado la investigación, parece lo más acertado dictar auto de sobreseimiento definitivo al tenor del artículo 437 del Código citado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con la Procuraduría, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Alonso Aragón Quintero por los cargos de usurpación de funciones públicas, violación de leyes y preceptos legales y denegación de justicia de que se le acusó.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Manuel Caicedo Arroyo. — José Antonio Montalvo. — Campo Elías Aguirre. Julio E. Argüello R., Secretario.

UXORICIDIO

Aunque el cargo de jurado es forzoso, conforme al artículo 240 de la ley 57 de 1887, puede, sin embargo, un individuo que figure en la lista de jurados excusarse absolutamente por tener más de sesenta años, por enfermedad comprobada que dure probablemente más de lo que falte del período, por no ser vecino de la cabecera del Distrito Judicial, o por no saber leer y escribir. Así es que sorteada una persona que no tiene excusa general ni impedimento particular para determinada causa, está obligada a prestar el servicio, y si no existe disposición expresa que mande verificar nuevo sorteo o que ordene que continúe como jurado, se puede aplicar por analogía lo relativo a los conjueces de la Corte, por ejemplo, que sorteados continúan conociendo en el juicio, aunque vencido el período no figuren en la nueva lista.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Manuel Caicedo Arroyo).

Heliodoro Jiménez Arias fue condenado por el Juzgado Primero Superior de Tunja a la pena principal de veinte años de presidio con aplicación del Código Penal de 1890 que se consideró más favorable para el reo, por uxoricidio perpetrado en la persona de su esposa Julia Cruz de Jiménez. El Tribunal Superior reformó el fallo del Juzgado para imponerle al reo la pena principal de diez y ocho años de presidio conforme al artículo 363 del nuevo Código Penal, que estimó más favorable.

El reo y su defensor interpusieron el recurso de casación, y el apoderado invoca las causales 1ª, 2ª y 5ª del artículo 30 de la Ley 118 de 1931 y las enumeradas en los ordinales 1º, 2º y 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal; pero como no pueden aplicarse a la vez las disposiciones del antiguo y del nuevo Código, debe estudiarse el recurso de acuerdo con el Código anterior, pues el proceso se inició antes de la vigencia de la Ley 94 de 1938, procediendo a analizarlos según su importancia.

Causal 2ª

"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

Tres causales se alegan para sostener que el juicio está viciado de nulidad:

1ª Que el señor José Concepción Rocha, quien fue sorteado como jurado, no figuraba en la lista de jurados del Juzgado 1º Superior de Tunja cuando se profirió el veredicto.

2ª Que el auto de proceder no se notificó personalmente al reo, no obstante que Jiménez estaba preso cuando se profirió el llamamiento a juicio; y

3º Que se le requirió por el Juzgado para que nombrara otro defensor en reemplazo del doctor Alfonso Márquez Páez, que estaba impedido, sin explicar la causa del impedimento.

El cargo de jurado es forzoso, dice el artículo 240 de la Ley 57 de 1887; sin embargo, puede un individuo que figure en la lista excusarse absolutamente por te-

ner más de sesenta años, por enfermedad comprobada que dure probablemente más de la mitad de lo que falte del período, por no ser vecino de la cabecera del Distrito Judicial, o por no saber leer y escribir. Así que sorteada una persona que no tiene excusa general ni impedimento particular para determinada causa, está obligada a prestar el servicio, y si no existe disposición expresa que mande verificar nuevo sorteo o que ordene que continúe como jurado, se puede aplicar por analogía lo relativo a los conjueces de la Corte, por ejemplo, que sorteados continúan conociendo en el juicio, aunque vencido el período no figuren en la nueva lista.

Pero sea de ello lo que fuere, en el proceso no existe prueba ninguna al respecto, así que por este aspecto tampoco resulta justificado el cargo.

En lo referente a la notificación del auto de proceder, dice el artículo 264 de la Ley 57 de 1887, aplicable a este proceso:

"Produce nulidad en los juicios criminales:

. . . . . .

3º No haberse notificado al reo el auto de enjuiciamiento; pero esta causal de nulidad desaparece si habiendo comparecido el reo en el juicio no la reclama dentro del día siguiente al en que se le haga la primera notificación".

Personalmente se le notificó a Jiménez Arias el auto de llamamiento a juicio proferido por el Juzgado Superior, y en el acto de la notificación nombró como defensor al doctor Alfonso Márquez Páez y apeló de dicha providencia.

El auto del Tribunal confirmatorio del que profirió el Juzgado se notificó por estado; y devuelto el expediente el Juez dictó la providencia de obedézcase y cúmplase y agregó: "Digan las partes si quieren que se abra la causa a prueba", auto que se notificó personalmente al reo y a su defensor, quienes pidieron que la causa se abriera a prueba.

Las causales de nulidad son determinadas, de carácter taxativo, y el hecho de nombrar un defensor en reemplazo del doctor Márquez Páez no está erigido en causal de nulidad.

Además, en la sentencia de primera instancia se exponen los motivos del cambio de defensor:

"Notificada la demanda al enjuiciado, éste apeló de la misma para ante el Honorable Tribunal Superior nombrando como su defensor al doctor Alfonso Márquez Páez, quien por haber sido nombrado Magistrado fue reemplazado por el doctor Manuel José Gómez, quien, a su turno, por haber sido nombrado Secretario de Gobierno y luégo Registrador de Instrumentos Públicos, fue reemplazado por el doctor Ignacio Gómez, quien vino a ser reemplazado por el doctor Gabriel Venegas, quien en definitiva actúa en las audiencias. En virtud de la apelación dicha y que fue concedida, el expediente subió al Honorable Tribunal, corporación que confirmó la providencia enjuiciatoria".

No careció, pues, en ningún momento, de defensa el reo, ni se le desconocieron las garantías constitucionales y legales, y no hay fundamento para la causal 2ª

Causal 5ª

"Ser la sentencia violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias".

El apoderado del recurrente se expresa así para sostener esta causal:

"Esta injusticia fue alegada en la segunda instancia por el defensor del procesado doctor Vanegas, pero el Tribunal no estimó que tuviera fundamento. No obstante la responsabilidad de los señores Magistrados que firman esa sentencia, vuelvo a insistir sobre esta cuestión, por estimar que en el informativo no se encuentran reunidos los elementos exigidos por el artículo 1556 del antiguo Código Judicial para proferir un fallo condenatorio, porque no está plenamente comprobada la responsabilidad del procesado.

No existe en los autos un solo testigo presencial que pudiera afirmarnos que evidentemente Heliodoro Jiménez fue el responsable de la muerte de su mujer, y los indicios que existen y a que se refiere la sentencia, si pudieron servir para dictar un auto de proceder, no pueden servir para dictar una sentencia condenatoria, porque ellos no pueden constituír por sí mismos plena prueba, que es lo que la ley exige.

Los pocos testigos que han declarado se refieren a dichos y palabras de María Julia Cruz, pero esos dichos no pudieron ser confirmados. La declaración de Alvaro Jiménez no tiene valor legal ninguno, en primer lugar por ser de persona impúber, y en segundo por vivir y depender de la abuela.

Como estos indicios los analizó suficientemente el defensor doctor Vanegas en las audiencias, hago míos los razonamientos y refutaciones expuestos por él, y que constan en las actas respectivas, para solicitar de la Corte que si evidentemente encuentra que esos indicios no pueden tener a la luz de las pruebas judiciales el valor de plena prueba que la ley exige para condenar, se decrete la injusticia notoria del veredicto y se case la sentencia.

Así mismo estimo que si la Corte considera que el Tribunal les dio a esos indicios un valor probatorio que no tienen, como lo establece el parágrafo 2º del artículo 567 del Código de Prcedimiento, se case también la sentencia".

Para que esta causal pueda prosperar, debe aparecer la injusticia notoria, esto es, que el veredicto haya desconocido la realidad procesal; en la misma demanda de casación se reconoce la existencia de la prueba indiciaria; y se sugiere solamente que tal prueba no es suficiente para demostrar la responsabilidad del acusado.

Desde el auto de proceder se enumeraron once indicios contra el reo, de suerte que con tan abundantes probanzas no es fundado afirmar que el jurado careció de base para pronunciar su veredicto.

No prospera por tanto la causal 5ª

Causal 1ª

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma".

Ataca el señor apoderado el aumento de pena de tres años que hace la sentencia por las circunstancias agravantes que consisten en haberse cometido el delito de noche y haberse abusado de las condiciones de inferioridad de la ofendida, y también, como circunstancia de mayor peligrosidad, los deberes especiales que las relaciones de perentesco imponían al delincuente en relación con la víctima.

La última circunstancia enumerada es constituva del delito de asesinato —(uxoricidio)—según el artículo 362. Luego no puede tomarse en cuenta para agravar la pena: tiene sobre este punto razón el recurrente.

Tampoco están probadas las circunstancias de inferioridad de la ofendida, ya que el solo sexo femenino no serviría para computar esta circunstancia de agravación, porque ella hace parte esencial del delito de uxoricidio.

Pero la circunstancia del tiempo sí está señalada en el numeral 6º del artículo 59, y aparece demostrada en el expediente.

Dispone el artículo 59 del Código Penal que solo podrá aplicarse el mínimo de la sanción cuando existan únicamente circunstancias de menor peligrosidad, así que es suficiente la existencia de una sola de las circunstancias de mayor peligrosidad para que pueda aplicarse una pena superior a ese mínimo, según la gravedad y modalidades del hecho, los móviles determinantes y la peligrosidad del agente.

Entre el mínimo de quince años y el máximo de veinticuatro el fallador puede señalar una pena que pase de quince, y ha señalado diez y ocho; y no hay motivo visible para desechar la apreciación,

pues el concepto que se formó de la peligrosidad del delincuente, como lo dice el señor Procurador "escapa actualmente a la estimación de la Corte, por carencia de elementos que le traigan la convicción de que ha sido equivocadamente valorada por el Tribunal la personalidad anti-social del condenado".

En atención a lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Tunja que impuso a Heliodoro Jiménez Arias, quien dio muerte a su esposa Julia Cruz de Jiménez, la pena principal de diez y ocho años de presidio.

Cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Manuel Caicedo Arroyo — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre— Julio E. Argüello R., Secretario.

ASESINATO — CONFESION DEL PROCESADO

Los efectos de la confesión son distintos en materia civil y en materia penal; en ésta las afirmaciones y negaciones del que confiesa se analizan en su individualidad como en su relación íntima, y se confrontan con los demás elementos de prueba del proceso.

El juzgador debe investigar si las aserciones que hace el procesado son verdaderas y del examen prolijo deducir si el inculpado merece ser creído en sus justificaciones. Debe con el pensamiento eliminar — merced al auxilio que le puedan prestar al efecto las presunciones o las demás pruebas directas o indirectas — las posibilidades que debilitan la confesión para obtener en cuanto sea posible la evidencia de si el reo ha pretendido mentir o no.

El dicho del sindicado debe aceptarse en toda su integridad cuando no hay elemento alguno en el proceso que lo infirme y cuando, por otra parte, esas mismas comprobaciones lo hacen verosímil.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Manuel Caicedo Arroyo).

El 24 de febrero de 1937 fue herido Juan B. Leal, quien murió pocos días después como consecuencia natural y directa de las heridas.

Benedicto González se confesó responsable del homicidio, si bien agregó una circunstancia exculpativa, pues declaró haber disparado contra Leal cuando éste lo atacó con un cuchillo.

El Juez Superior del Distrito Judicial de Buga condenó a González a quince años de presidio con aplicación del artículo 363 del nuevo Código Penal, por ser menor que la señalada en el Código anterior para el asesinato; ya que como tál se calificó el delito de acuerdo con las respuestas de los jurados a los cuestionarios propuestos.

El Tribunal Superior aumentó la pena a diez y siete años de presidio por haber encontrado causales de peligrosidad.

Recurrió en casación el defensor del reo, diciendo que se han violado preceptos de la Ley comprendidos en las causales 1ª, 2ª, 4ª y 5ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y las causales 1ª, 2ª, 3ª y 5ª de la Ley 118 de 1931. No se analizan en dicho escrito los motivos de las causales alegadas, mas la Procuraduría destaca como punto debatido y que pudiere servir de base al recurso el siguiente:

"Qué valor tiene la confesión hecha por el acusado? Puesto que no hubo testigos presenciales del homicidio, el procesado, al confesar el hecho material con la adición exculpativa de que procedió en legítima defensa, debió disfrutar de una sentencia absolutoria? O, al contrario, la sentencia del Tribunal es legal y justa, porque en vez de estar justificado el acto de González hay prueba suficiente de la responsabilidad penal?"

Por demás está sentar que los efectos de la confesión son distintos en materia civil y en materia penal; en ésta, las afirmaciones y negaciones del confesado se analizan en su individualidad como en su relación íntima, y se confrontan con los demás elementos de prueba del proceso.

Además de la confesión de González de haber él herido a Leal con arma de fuego, corroboran este aserto; ya que el so-

lo dicho del acusado no sería base suficiente para probar la imputabilidad material, como lo dice el señor Procurador:

"a). La diligencia de autopsia de la cual resulta que las heridas mortales sufridas por Leal fueron causadas con escopeta, arma que declaró haber empleado González.

b). La declaración del menor Marcos José Rico que dijo haber visto no muy lejos del lugar del suceso a González, algunas horas antes del ataque de que fue víctima Leal. González, según este declarante, estaba armado de escopeta.

c). La declaración de los agentes de policía que encontraron en las cercanías del sitio del suceso el sombrero de González, prenda que fue reconocida por el propio acusado como de su propiedad.

d). El mismo sombrero fue reconocido como de propiedad de González por Aura María Restrepo, quien afirma además que dicha prenda la llevaba el acusado el día veinticuatro de febrero, por la mañana temprano, cuando salió de la casa de los Restrepos.

Siendo pues González el heridor de Leal, se impone el estudio de la modalidad agregada en la confesión, para deducir si ésta corresponde a la verdad y si la sentencia ha aplicado debidamente la ley penal.

Leal relata así el hecho:

"Próximamente a las once del día salí de la casa para una huerta a traer cebolla, y a las dos cuadras, al pasar una puerta de golpe a orillas de un monte y en la cabecera del potrero, habiendo andado una doce varas después de pasar la puerta, como a los cinco o seis minutos de salir de la casa, volví en mí cuando me estaba levantando Eliécer Penagos, me di cuenta de que estaba herido en el pecho al lado izquierdo y en la cabeza sobre la ceja del lado derecho, pero aunque noté que estaba herido, con arma de fuego, no oí detonación ni a nadie vi ni sentí, pues probablemente el primer tiro lo recibí en la frente, y eso me hizo perder el conocimiento y no oír ninguno de los disparos. Sospecho que alguno de los moradores de "La Quinta" de mi propiedad que son los señores Jesús Antonio, Eduardo Antonio y Carlos Restrepo y Fortunato del mismo apellido, pueda ser quien me hirió, pues hemos tenido diferencias por motivos de intereses, pues he comprendido que ellos han pretendido quitarme de mis haberes, y me han sacado ganado de mis fincas para venderlo en otras partes, por lo que me he visto en la necesidad de comisionar quien me averigüe esos ganados y ponga el denuncio ante las autoridades por no permitirme, o no habérmelo permitido el mal estado anterior de mi salud. También sospecho que pueda estar enemistada conmigo la familia Restrepo, por motivo de yo no haber querido partir mis bienes con mi mujer Aura María Restrepo, hija de don Jesús Antonio y hermana de los otros que ya nombré, y quien se fue con un hombre abandonando el hogar. No me consta, pero presumo que en la familia Restrepo pueda haber cómplices, auxiliadores o encubridores del ataque a mi persona, por lo que dejo dicho".

El homicida dice se vio obligado a disparar porque Leal lo atacó por haberse negado a dar una declaración en contra de los Restrepos. Esta explicación es poco creíble, porque no es motivo suficiente para una reacción en esa forma; además, González portaba visiblemente una escopeta, y la diferencia de edades entre Leal, un anciano de sesenta y siete años, y González en la fuerza de la edad, veintisiete años, hace poco presumible el ataque.

González, extrajudicialmente, confesó en distinta forma el hecho, así lo declara Manuel Francisco Sanclemente, quien lo expresó bajo juramento:

"Manuel Francisco Sanclemente, bajo juramento, declaró:

En la noche del viernes cinco de este mes me encontraba detenido en la cárcel de esta ciudad, incomunicado en una pieza que ocupaba también otro individuo de nombre Benedicto González, quien me manifestó que se encontraba allí porque lo sindicaban de la muerte de un tipo que

decían lo había matado en la región de la cordillera, con una escopeta. Me pidió que le aconsejara a él — González — qué debía decir en su indagatoria, pues dizque tenía pensado manifestar que había matado a ese hombre porque le debía unos jornales, para componer de esa manera la causa, pero que en realidad lo había matado a ese tipo porque unos señores Restrepos le habían ofrecido pagar QUINIENTOS PESOS ($ 500.00) en dinero con tal de que matara a ese señor. Que de esta suma dizque le habían ofrecido pagar abogado para que se hiciera la defensa y el resto que quedaba se lo entregaban a él — González — en dinero. Que éste dizque había cogido su escopeta y le había disparado en momentos en que el occiso venía y que luégo González había salido a correr por una cañada, según me parece. No fue más lo que contó a mí el detenido González y yo a mi vez le referí esa conversación al agente Bobadilla".

Además, en carta dirigida a sus padres, en momentos en que emocionado los recuerda, se confiesa autor de las heridas obligado porque Leal se había negado a pagarle unos jornales; y refiere que tuvo que esconderse directamente en el monte hasta que acosado se entregó a las autoridades.

No existe una prueba directa que permita deducir que es falsa la confesión del procesado, pero surgen contra él un cúmulo de indicios que infirman sus aseveraciones, y muchas contradicciones que inclinan el ánimo hacia la convicción de que González no dijo la verdad en su confesión y omitió decir la forma en que dio muerte violenta a Leal.

El juzgador debe investigar si las aserciones que hace el procesado son verdaderas y del examen prolijo deducir si el inculpado merece ser creído en sus justificaciones. Debe con el pensamiento eliminar — merced al auxilio que le puedan prestar al efecto las presunciones o las demás pruebas directas o indirectas— las posibilidades que debiliten la confesión para obtener en cuanto sea posible la evidencia de si el reo ha pretendido mentir o nó.

El dicho del sindicado debe aceptarse en toda su integridad cuando no hay elemento alguno en el proceso que lo infirme, y cuando, por otra parte, esas mismas comprobaciones lo hacen verosímil.

En el homicidio el cuerpo del delito se establece mediante la comprobación material de la muerte de un hombre ocasionada injustamente por obra de otro; por tanto en el vocablo injusto se excluye la legítima defensa.

Benedicto González salió temprano de su casa en dirección al páramo; el niño Marcos José Rico lo encontró algunas horas antes de medio día a unas cuantas cuadras de la casa de Leal, armado de escopeta; Leal salió de su casa con dirección al huerto más o menos a las once del día. María Olinde Valencia lo oyó toser pero no lo vio, y al minuto, dice, oyó un disparo, y que don Juan se quejaba, y al "momentico" oyó otro disparo; a pocos momentos salió Leal a la puerta de golpe tambaleándose y fue recogido por Eliécer Penagos y Pablo Mejía o Morales — quienes también oyeron los disparos — y conducido a su casa.

Esto que se desprende de las declaraciones de María Olinde Valencia, Eliécer Penagos, Marcos José Rico, y del hecho de haberse encontrado en el sitio el sombrero de Benedicto, induce a creer que no hubo ataque de parte de Leal y que por lo mismo no puede tacharse de injusto el veredicto del jurado, el que tuvo elementos suficientes de convicción para las decisiones que adoptó según el análisis anterior, y por lo mismo, bien se considere la causal 3ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, o la 1ª de la misma disposición, no hay lugar a invalidar la sentencia recurrida.

La unidad de la ley penal no permite involucrar preceptos de legislaciones distintas, y si se invocan las causales de casación de la Ley 118 de 1931, no es permitido al mismo tiempo fundarla en las causales del nuevo Código de Procedimien-

to; así lo ha decidido la Corte en varias sentencias.

La pena de diez y siete años de presidio se le impuso de conformidad con el artículo 363 de la Ley 95 de 1936 como más favorable al reo, ya que indicaba para el asesinato la pena de quince a veinticuatro años, en presidio, mientras que de acuerdo con el Código anterior la pena era de veinte años fijos en presidio; y el Tribunal determinó diez y siete años por haber apreciado la existencia de circunstancias de mayor peligrosidad y una de menor peligrosidad, apreciación que está ajustada a las pruebas del proceso.

En atención a las consideraciones que preceden, la Sala Penal de la Corte Suprema administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO INVALIDA la sentencia de 19 de noviembre de 1940 del Tribunal Superior de Buga que condenó a Benedicto González a la pena principal de diez y siete años de presidio, como responsable del asesinato en la persona de Juan Bautista Leal.

Cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Manuel Caicedo Arroyo — José Antonio Montalvo. — Campo Elías Aguirre. Julio E. Argüello R., Secretario.

DECLARACION DE PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Manuel Caicedo Arroyo).

Entre los dueños de los predios de "Capitancitos" y "Giralda" por una parte y de "Capitanes" y "Mata de Cacao" por otra se sostuvo un largo litigio sobre deslinde que terminó con la diligencia de amojonamiento y entrega practicada por el señor Juez del Circuito de Bucaramanga el 1º de septiembre de 1931.

No obstante esta diligencia el dueño de uno de los predios colindantes acudió al señor Alcalde Municipal del Distrito de Girón para que se declarase la obligación en que están los colindantes de concurrir a la constitución de las cercas medianeras y señalase en el terreno la porción que cada uno debería construír, señalamiento que verificó la alcaldía el 21 de agosto de 1934.

Al hacer la demarcación y reparto de las cercas quedaron de uno y otro lado de la hoya limítrofe colonos que ocupaban porciones o parcelas que habían considerado de propiedad del dueño del predio del cual quedaban separadas en virtud de la diligencia de apeo.

De aquí surgieron reclamos, lanzamientos y vías de hecho de una y otra parte, concretándose el presente sumario a la acusación formulada por Celestino Rueda contra el doctor Antonio María Uribe, de haberle incendiado el rancho en que vivía con su familia, situado en el predio de Capitanes, de propiedad del doctor Abdón Espinosa, en la tarde del día 25 de septiembre de 1934.

El doctor Antonio María Uribe fue elegido Magistrado del Tribunal Administrativo de Bucaramanga por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 1934, se posesionó del cargo ante el señor Gobernador del Departamento de Santander y estaba en ejercicio de la Magistratura el día de los acontecimientos que se investigan. De manera que corresponde a la Corte decidir del mérito del sumario según lo preceptuado en el ordinal 6º del artículo 33 de la Ley 105 de 1931, aplicable al tenor del artículo 722 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

El sumario se inició el 5 de octubre de 1934. El sindicado en su indagatoria manifestó no recordar los hechos porque se le interrogó; adelantada la investigación se repartió al Juzgado 1º Superior que ordenó correr traslado del asunto al señor Fiscal, para que diera concepto de fondo, quien dice en su vista que es el caso de declarar la prescripción por haber corrido el tiempo suficiente para que cese la acción penal.

De las diligencias practicadas hasta el presente no se ha establecido en forma clara la verdad de los hechos; mas como del 26 de septiembre de 1934 a hoy ya ha transcurrido el tiempo necesario para la prescripción, pues de conformidad con el artículo 252 del Código Penal que contempla la transgresión denunciada, la pena de presidio para el caso en que se demuestre la responsabilidad plena del sindicado es de uno a siete años, y como lo único que puede interrumpir la acción penal es el auto de proceder (artículo 107 del Código Penal), que no se ha dictado aún, es el caso de declararla y dictar sentencia dando aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Al hacer el cómputo del tiempo necesario para la prescripción se parte de la pe-

na que fija el artículo 252 del nuevo Código Penal y no el 862 del Código de 1890, por ser aquella más benigna y favorable al reo conforme al principio general de interpretación de la ley penal, consignado en el artículo 3º del nuevo Código Penal que manda que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA PRESCRIPTA la acción penal por el delito de incendio de que aquí se trata y ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Antonio María Uribe, mayor de edad y vecino de Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial**.

Manuel Caicedo Arroyo — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO ES NOTORIAMENTE INJUSTO UN VEREDICTO

La complicidad de un concurso recíproco es de la especie principal, generadora de la codelincuencia que pertenece al grado de los coautores. Y es la verdad jurídica y legal que X y los demás reos no obraron en concurso recíproco cuando X dio muerte a Z. Pero el Jurado, desconociendo el concurso recíproco de los seis delincuentes, atribuyó a X la condición de único autor material responsable del homicidio, y fijó la calidad de simples cómplices o cooperadores secundarios para los cinco compañeros de X, con un criterio inspirado en la lógica de los sucesos humanos, pues nada más natural era sobreentender que el numeroso grupo de ladrones tuviera el preconcebido propósito de matar a quien tratase de impedir el robo concertado que iban a ejecutar de noche y en un paraje solitario. Pudo el Jurado disponer en conciencia de una base capaz para la deducción de la complicidad; y si el señor Procurador admite como probable y posible la *hipótesis* de la confraternidad intencional homicida, impersonificada pero real contra cualquiera de los moradores de la hacienda "San Rafael", y si él se acoge, más bien, a la *suposición* de que el homicidio fue "una resultante causal u ocasional no prevista ni concertada entre los asaltantes", suposición de jurista que pone en juego su criterio legal, por qué y cómo privar a los jueces de hecho —dentro de lo racional libres para adquirir su convencimiento, sin sujeción a medios de prueba preestablecidos— de la facultad que aquí ejercitaron al creer en la posible y probable hipótesis que desechó el señor Procurador delegado? El meritorio estudio de la Procuraduría no conduce a la injusticia notoria del veredicto, pues veredicto notoriamente injusto es el que repugna a la evidencia. Y en lo judicial la evidencia no puede ser sino la prueba plena de un hecho; luego la notoria injusticia de un veredicto, pues veredicto notoriamente injusto es el que repugna a la evidencia. Y en lo judicial no puede ser sino la prueba plena de un hecho; luego la notoria injusticia de un veredicto consiste en que se oponga a esa plena prueba. La *ausencia de pruebas* de un convenio de los compañeros de X para matar, no es la plena prueba de la *inexistencia* de la cooperación, de donde se desprende el aserto de que el veredicto no es contrario a lo evidente. (Es de advertir que la causal de injusticia notoria alegada por el señor Procurador delegado en lo penal, se circunscribió a los reos que acompañaron a X en lo que toca con el homicidio en la persona de Z).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre dos de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente, Dr. Campo Elías Aguirre)

Pasaron los hechos a que esta causa se refiere, ejecutados la noche del nueve de julio de mil novecientos treinta y siete, en algún lugar del Departamento del Valle.

El Tribunal Superior de Cali compendia así la relación de los sucesos:

"En las primeras horas de la noche del 9 de julio del año pasado, los habitantes de la hacienda de 'San Rafael', en el municipio de Pradera, fueron sorprendidos por un grupo de bandoleros compuesto de ocho individuos, en momentos en que el administrador de la hacienda Pablo Gutiérrez y los trabajadores de la misma Manuel Antonio Benítez y Andrés Mina reposaban tranquilamente la comida que

les acababa de servir la sirvienta Eulalia Guerra o Gaitán, la que en esos momentos se entretenía todavía en los quehaceres de la cocina. 'Manos arriba' fue el grito salvaje con que el grupo de forajidos tratara de intimidar a Gutiérrez y a Benítez, y como Mina, que se encontraba descansando un poco más distante, se diera cuenta del peligro que corrían sus compañeros, se lanzó presuroso sobre uno de los asaltantes, trabándose entre los dos una encarnizada lucha, la que bien pronto terminó con la muerte del fiel trabajador, porque otro de los asaltantes, en defensa de su compañero, disparó contra aquél a quemarropa su arma de fuego; y como así quedara terminada la resistencia, los asaltantes después de encerrar en la cocina a la sirvienta y los otros hombres, se dedicaron a la ruptura de armarios y cómodas y a la requisa de las habitaciones, de donde sacaron cuantioso botín".

Ascendió el monto del robo a la suma de trescientos setenta y tres pesos ($ 373.00).

Juan Bautista Arango, Gerardino o Geraldino Mosquera, Tito Méndez Millán, Calixto Galindo, Vicente Tovar e Isaías Venté, son los reos, enjuiciados por homicidio y robo, a quienes el Tribunal Superior de Cali, que confirmó el fallo de primera instancia condenó en la siguiente forma: diez y siete años de presidio para Arango y trece años de igual pena para los demás, como sanciones principales, con aplicación de las normas del Código de 1890 por ser más favorables que las del Código de 1936 ya vigente en la época de las sentencias del Juez y el Tribunal.

Recurrieron en casación aquellos seis sujetos, e invocaron los motivos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 567 de la Ley 94 de 1938.

Arango sólo asegura que demostró su coartada; que para condenarlo no existe prueba completa, y que sobre el jurado se ejerció presión por algunas personas y un periódico de Cali.

Los otros, Galindo, Méndez Millán, Mosquera, Tobar y Venté, sostienen la deficiencia y la ineficacia de las pruebas que los comprometen.

Y dice el señor Procurador delegado en lo penal:

"Los escritos de los recurrentes no suministran de modo conducente y claro un apoyo jurídico para casar el fallo del Tribunal; pero la Procuraduría, después de estudiar con atención y cuidado este proceso, encuentra que la sentencia envuelve una injusticia, que fue debatida en las instancias, referente a la apreciación que se hizo sobre el concurso recíproco del homicidio y a las consecuentes condenas impuestas al grupo de los recurrentes que encabeza el reo Galindo".

Propone el señor Procurador delegado, por lo tanto, la causal 6ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 6º **ibidem**, y después de desarrollar su pensamiento la Procuraduría manifiesta, en conclusión:

"La condena proferida contra Juan Bautista Arango, en su calidad de autor principal, no peca contra la evidencia, como tampoco es injusta en cuanto a la calificación de coautores de robo de todos los recurrentes, pero sí es ilegal en lo referente a la calificación de cómplices en el homicidio, atribuído a Mosquera, Méndez Millán, Galindo, Tovar y Venté por un veredicto que por este aspecto es injusto.

"Por lo expuesto, la Procuraduría pide respetuosamente a la H. Corte que invalide el fallo recurrido en cuanto al delito de homicidio y en su lugar ordene la convocatoria de otro jurado que decida de nuevo únicamente sobre la responsabilidad de los recurrentes que fueron condenados como cómplices de ese delito, y que lo confirme en lo demás".

Nótese, ante todo, que la sustentación de las causales citadas por los reos es en absoluto ajena a la índole del recurso extraordinario aquí contemplado, pues las explicaciones de Arango, Galindo, Mosquera, Méndez Millán, Venté y Tobar, son reparos cuyas naturaleza y oportunidad

de aducirlos corresponden a las instancias del proceso.

De suerte que la Corte se concretará al examen de la causal alegada por el señor Procurador delegado en lo penal.

Causal 6ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

"Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido debatida previamente en las instancias".

A los recurrentes se les abrió causa considerándolos coautores de homicidio común o simplemente voluntario en la persona de Andrés Mina, y de robo en la casa de la hacienda "San Rafael". Al Jurado preguntó el Juez 2º Superior de Cali si cada uno de los reos era responsable de tales delitos en **concurso recíproco** con los otros cinco, y el Jurado afirmó la responsabilidad de Arango en el homicidio como **autor principal**, y como **cómplices** del mismo hecho la de Mosquera, Méndez Millán, Galindo, Tobar y Venté. También el Jurado contestó afirmativamente los interrogatorios acerca de la participación conjunta o recíproca de todos en el robo.

Limitada la causal de injusticia notoria del veredicto al homicidio y a los compañeros de Arango, escribe la Procuraduría:

"Tenemos, pues, que la hacienda de 'San Rafael' fue asaltada por un grupo de ocho individuos que intimidó en primer término a Gutiérrez y a Benítez, habitantes de la finca. Al darse cuenta de esta irrupción intempestiva e injusta, Andrés Mina, peón o trabajador al servicio de la hacienda, se lanzó sobre uno de los asaltantes, con quien trabó lucha, con resultado desgraciado porque otro de los asaltantes disparó su arma de fuego, causándole la muerte. En seguida, los componentes del grupo asaltante se dieron al pillaje.

"Como autor del disparo se señaló a Juan Bautista Arango. Como móvil de su acción se indicó el de defender a un compañero, a quien provocó lucha el occiso Mina.

"Son estos los hechos aceptados por los falladores en lo referente al homicidio. Entonces, cabe preguntar en cuanto a la situación de derecho: Cuál es la responsabilidad legal de los siete compañeros de Arango?

"El autor del disparo, causa de la muerte, fue uno de los asaltantes de la finca. El fue el único que ejecutó y consumó el hecho criminoso. En ninguna parte hay constancia de que otras personas hubieran realizado actos materiales encaminados a la participación en el homicidio. El elemento objetivo corresponde íntegramente y de manera exclusiva al agente de la infracción, al autor del disparo. La imputabilidad material, en otros términos, está circunscrita en Arango y no en otra u otras personas.

"Ahora bien: eliminada, con toda razón por el Tribunal, la existencia de la figura jurídica **sui generis** denominada **cuadrilla de malhechores** —que se perfecciona con el pacto de los cuadrilleros, indeterminado en cuanto a los delitos programáticos e independiente en cuanto a las consecuencias penales de las infracciones que en realidad resulten y se consumen después de la constitución de la banda— el homicidio perpetrado **pudo haber sido específicamente acordado entre Arango y sus compañeros, o pudo ser tan sólo una resultante casual u ocasional no prevista ni concertada entre los asaltantes.** (Subrayó la Sala).

"La primera hipótesis referente a una confraternidad intencional homicida contra la persona de Mina, o impersonificada pero real contra cualquiera de los habitantes de la hacienda, no es improbable ni imposible. Pero en el expediente se carece en absoluto de la prueba que la establezca. Los sindicados han negado todos los cargos y ni siquiera aceptan su presencia en 'San Rafael' la noche de los sucesos.

"El Juzgado y el Tribunal sostienen que el lance que terminó con la muerte de Mina, se produjo espontáneamente y en

forma ocasional. Entonces, la segunda hipótesis fue la acogida por la autoridad judicial.

"Si los compañeros del ejecutor material de la muerte de Mina no realizaron manifestaciones externas conducentes directa o indirectamente a la supresión de esa vida; y si, por otra parte, en la mente de ellos no estuvo ese propósito, no es jurídico ni legal hablar de concurso recíproco en el homicidio.

"La doctrina penal admite la coparticipación delictiva instantánea u ocasional, con prescindencia de la premeditación.

"Pero para la existencia del concurso recíproco y la consiguiente inculpación de coautores del delito, exige siempre la conjunción de las voluntades de los copartícipes y su actuación en la realización del hecho.

"También se explican en doctrina y se establecen en el derecho positivo las diversas especies de complicidad, en que las actuaciones de los copartícipes son más o menos intensas, de mayor o menor eficacia en los actos ejecutivos, pero en todo caso para que haya complicidad genérica o específica, primaria o secundaria, necesaria o no necesaria, de correidad o de simple cooperación, es indispensable, esencial y característico el elemento del concurso de las voluntades, la unidad en el propósito, la comunión en el dolo.

"En el caso de autos no aparece la prueba del **animus occidendi** en los compañeros de Arango. Tampoco resulta que ellos hubieran cooperado en la ejecución material del hecho. La consecuencia lógica es esta: no está demostrada la complicidad, ni mucho menos el concurso recíproco. Esta es una deducción jurídica emanada de los hechos. Los Jurados son soberanos para apreciar las probanzas, pero no lo son para admitir situaciones de derecho contrarias a los hechos.

"Estas breves observaciones fundamentan el concepto de que el veredicto fue injusto cuando afirmó la complicidad y hasta el concurso recíproco en sujetos que no tomaron parte en la ejecución del homicidio ni tuvieron, según se desprende de la ausencia de pruebas, la idea homicida coaligada a la intención del autor.

Con relación al robo, la cuestión cambia completamente de aspecto. El proceso nos dice que el propósito de los asaltantes fue el de apoderarse de los objetos y dinero de la hacienda y ese fin delictuoso lo consumaron en forma violenta, conjunta y solidariamente. El concurso de las voluntades y el concurso en la acción se operaron plenamente".

El argumento de la Procuraduría se resume **en ausencia de pruebas** que ligue la idea homicida y la participación de los otros acusados al hecho cometido por el matador de Andrés Mina, falta de pruebas que dizque implica notoria injusticia del veredicto declaratorio de la complicidad secundaria de Galindo, Méndez Millán, Mosquera, Tobar y Venté.

Ese argumento o tesis del señor Procurador delegado en lo penal confunde la noción del veredicto opuesto a la evidencia con lo que meramente fue una equivocación de las piezas calificadoras y de las cuestiones que al Jurado se le presentaron.

La complicidad que en sí lleva el fenómeno del concurso recíproco es de la especie denominada principal, generadora de la codelincuencia perteneciente al grado de los coautores.

Y desde el estricto punto de vista de la verdad jurídica y de los mandatos legales, es innegable que Arango y los demás reos no obraron en concurso recíproco cuando el primero le dio muerte a Andrés Mina.

Mas el Jurado, descartando el concurso recíproco de los seis delincuentes, fijó para Arango el carácter de único autor del homicidio, y determinó la calidad de cómplices o cooperadores secundarios para los cinco compañeros de ese hombre, con una persuasión inspirada en el giro lógico de los acontecimientos humanos, pues natural era sobrentender que el numeroso grupo de ladrones abrigara el preconcebido propósito de matar a quien tratase de impedirles el robo concertado que iban a

ejecutar en horas de la noche y en un paraje solitario.

Subjetiva y moralmente pudo el Jurado disponer en conciencia de una base capaz para la deducción de la complicidad; y si el señor Procurador admite como probable y posible la **hipótesis** de la confraternidad intencional homicida, impersonificada pero real contra cualquiera de los moradores de la hacienda, y si él se acoge más bien a la **suposición** de que el homicidio fue "una resultante casual u ocasional no prevista ni concertada entre los asaltantes", suposición de jurista que pone en juego su criterio legal, por qué y cómo privar a los jueces de hecho —dentro de lo racional libres para adquirir su convencimiento sin sujeción a medios de prueba preestablecidos— de la facultad que aquí ejercitaron cuando creyeron en la posible y probable hipótesis que el señor Procurador delegado desechó?

Y no es que el Jurado hubiera extralimitado sus funciones resolviendo un problema de derecho. El Juez interrogó al Jurado acerca del concurso recíproco en el homicidio y el robo, y el Jurado, con poder suficiente, rebajó la categoría de la complicidad para el homicidio. Situación de hecho nacida de la situación de derecho que el Juez creó y que el Tribunal aceptara.

La más apropiada razón de la Corte para disentir de las opiniones de la Procuraduría, está en que el laudable estudio del señor Procurador no conduce a la injusticia notoria del veredicto.

Veredicto notoriamente injusto es el que repugna a la evidencia. Y qué es la **evidencia** en lo judicial? No puede ser sino la plena prueba de un hecho. Luego la injusticia notoria de un veredicto estriba en que se oponga a esa prueba plena.

Por tanto, para que adoleciera de la tacha de notoria injusticia la decisión en virtud de la cual el Jurado afirmó la responsabilidad de Galindo, Méndez Millán, Mosquera, Venté y Tobar, como cómplices secundarios del homicidio, se requeriría que el proceso suministrara la prueba plena de que en la muerte de Mina no concurrió ninguna actividad o actitud de su parte.

Y el expediente no ofrece comprobación de que el homicidio consumado por obra **física** de Arango fue ocasional, de dolo repentino solamente imputable al matador, sin nexos de confraternidad intencional con los otros reos.

La **ausencia de pruebas** de un convenio para matar no es la plena prueba de la **inexistencia** de la cooperación. Y entonces el veredicto no es opuesto a lo evidente.

Por el contrario, ante las preguntas de si hubo concurso recíproco de los cinco compañeros de Arango en el homicidio, el sentido moral del Jurado tenía cómo inferir la complicidad que emerge de las circunstancias especiales del asalto a la hacienda "San Rafael", con lo cual escogió la hipótesis que para el señor Procurador "no es improbable ni imposible".

Cómo no pensar que la sola intimación de "manos arriba" comportaba amenaza de muerte si se hacía resistencia?

No se justificó la causal 6ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, y de consiguiente, la Corte Suprema, en desacuerdo con la solicitud del señor Procurador delegado en lo penal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA el fallo del Tribunal Superior de Cali que impuso a Juan Bautista Arango diez y siete años de presidio, y a Geraldino o Gerardino Mosquera, Tito Méndez Millán, Calixto Galindo, Vicente Tobar e Isaías Venté, trece años de esa pena, por los delitos de homicidio y robo.

Devuélvase el negocio al Tribunal Superior de Cali.

Notifíquese, cópiese e insértese esta providencia en la **Gaceta Judicial**.

Campo Elías Aguirre. — José Antonio Montalvo. — Manuel Caicedo Arroyo. — Julio E. Argüello R., Srio.

HOMICIDIO.—INHABILIDADES E IMPEDIMENTOS PARA DESEMPEÑAR EL CARGO DE JURADOS.—LA IRA COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA EN EL DELITO DE HOMICIDIO

1.—La ley ha establecido inhabilidad para desempeñar el cargo de Jurado en toda causa (artículo 76 de la Ley 100 de 1892) e impedimento para desempeñarlo en determinada causa (artículo 243, L. 57 de 1887); entre estos últimos está el parentesco dentro de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Con esto lo que la ley ha querido es garantizar la imparcialidad del fallo de los jurados eliminando determinadas causas de influencia por interés, afecto, desafecto, sin que por esto estén impedidos para figurar en la lista de Jurados. — 2. El estado de ira en que se cometa un homicidio es circunstancia modificadora si concurre el factor, esencial para la existencia de la modificación, de que ese estado haya sido causado por una provocación de doble índole, o sea, *grave* e *injusta*.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel Caicedo Arroyo)

El Juez 3º Superior de Medellín condenó a Lázaro Mejía a la pena principal de 13 años, 4 meses de presidio, y a Berta Londoño a la de 9 años de presidio como coautores del homicidio perpetrado en la persona de Elías Cataño; la sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín el 5 de agosto de 1941, y contra ella se ha interpuesto el recurso de casación.

El apoderado de los reos fundó el recurso en las causales 1ª, 2ª, 4ª y 6ª del artículo 29 de la Ley 78 de 1923; y en la 1ª, 3ª, 4ª y 7ª del artículo 567 del actual Código de Procedimiento, alegando que la sentencia contiene violaciones directas a la ley penal, interpretaciones erróneas de la misma e indebidas aplicaciones al caso en estudio; que está en desacuerdo con el veredicto del jurado, y que se ha pronunciado en un juicio viciado de nulidad; agrega finalmente que el veredicto es injusto.

En primer lugar no se pueden confundir causales de distintas legislaciones; y como el hecho ocurrió antes de la vigencia del nuevo Código Penal deben estudiarse las causales alegadas al tenor de la Ley 118 de 1931, no la 78 de 1923.

Causal 2ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

En la diligencia de sorteo de 4 de junio entre los nueve sorteados para constituír el jurado de cinco miembros, previa la recusación, figuraron los señores Restrepo Enrique R. y Botero R. Raúl, que tienen entre sí parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado. Consiste el vicio de nulidad en que uno de ellos no tenía las cualidades necesarias para desempeñar el cargo, dice el recurrente.

La ley ha establecido inhabilidad para desempeñar el cargo de Jurado en toda causa (artículo 76 de la Ley 100 de 1892) e impedimento para desempeñarlo en determinada causa (artículo 243 de la Ley 57 de 1887); entre estos últimos está el parentesco dentro de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Con

esto lo que la ley ha querido es garantizar la imparcialidad del fallo de los jurados eliminando determinadas causas de influencia por interés, afecto, desafecto, sin que por esto estén impedidos para figurar en la lista de Jurados.

Al ocurrir este caso, o sea reconocido el impedimento, se procede a un sorteo parcial, que fue lo que se hizo respecto de los señores Restrepo y Botero; al ser verdad que son primos hermanos —lo que no aparece comprobado— no existió impedimento general para figurar en la lista de jurados, sino un impedimento para desempeñar juntos ese cargo en una causa; y esta garantía la tuvieron los reos, pues por resolución del Juez no fue jurado uno de los presuntos primos.

No se admite esta causal.

Los demás cargos los deduce el recurrente de la respuesta del Jurado al cuestionario referente al homicidio en la persona de Elías Cataño, el que por lo tanto debe analizarse, lo mismo que las respuestas de los jueces de hecho.

Los procesados son dos: Lázaro Mejía y Berta Londoño; y prescindiendo de los que sufrieron lesiones personales, igualmente dos las víctimas que fallecieron: Roberto Franco Mesa y Elías Cataño.

El cuestionario referente a la muerte del primero se respondió negativamente por falta de pruebas.

Los relativos al homicidio de Elías Cataño dicen textualmente:

"El acusado Lázaro Mejía o Lázaro Mejía Sosa (o la acusada Berta Londoño Mejía), es responsable de haber herido voluntariamente con arma cortante y punzante (cuchillo) y con proyectil de arma de fuego (revólver) en concurso recíproco con Berta Londoño Mejía (con Lázaro Mejía o Lázaro Mejía Sosa), a Elías Cataño, a consecuencia de lo cual murió éste; hechos ocurridos así: el de las heridas entre las seis y media y las siete y media de la noche del día diez y seis de enero de mil novecientos treinta y ocho y el de la muerte al día siguiente, en el punto denominado "Barrio Antioquia", del coregimriento de Belén, jurisdicción del municipio de Medellín?".

El Jurado contestó por mayoría: "Sí, en un momento de ira".

Los hechos delictuosos se desarrollaron según el recuento que hace la sentencia de primera instancia:

"Lázaro Mejía y Berta Londoño cultivaban amores ilícitos desde varios años atrás, en el Barrio Antioquia del corregimiento de Belén, jurisdicción de este municipio (Medellín), y en el mismo lugar hacían también vida de casados Roberto Franco y María Teresa Herrera.

En la tarde del dieciseis de enero de mil novecientos treinta y ocho, por causa de enemistad anterior, riñeron la Herrera y la Londoño en forma que aquella resultó herida por ésta. Don Elías Cataño que presenció esa pelea acudió con toda solicitud a llevar a la ofendida Herrera a la Clínica de Urgencia de esta ciudad para que allí fuera tratada de las lesiones, y luego regresó con ella a la Inspección de Belén a formular el denuncio correspondiente.

"Lo anterior ocurrió a la hora de las cuatro de la tarde, más o menos, del día mencionado. A eso de las siete de la noche llegó Lázaro Mejía, como de costumbre, a visitar a su concubina, y ésta le detalló, seguramente exagerando en su favor, lo que le había ocurrido con la Herrera y la actuación de Cataño.

No consta en el expediente que Cataño ofendiera en manera alguna a la Londoño, y acaso la indignación de ésta con él nació del hecho de haber protegido, obedeciendo a un sentimiento cristiano, a su enemiga y víctima María Teresa Herrera.

"Es lo cierto que Mejía, dueño ya de los informes que le diera la Londoño, y resuelto a vengar de cualquier modo las ofensas que Cataño infiriera a ésta, si realmente se las infirió, se fue bien armado a la casa de Cataño, en donde éste estaba reunido con su familia, lo desafió a riña con insultos graves y como Cataño, hombre de paz, no aceptara el reto y protestara no pelear, Mejía le disparó un revólver desde la puerta de la casa y lo

hirió de gravedad y después lo arrastró hasta la acera del edificio, de donde lo recogieron sus familiares herido con arma de fuego y arma cortante y punzante.

En la reyerta, que fue de grandes proporciones, recibió Roberto Franco una herida de arma cortante y punzante que le produjo la muerte; y Emilia Giraldo e Inés Cataño resultaron también heridas con una incapacidad definitiva de cinco días como consecuencia única y natural.

"Berta Londoño, también provista de un cuchillo, acompañó a Mejía desde su casa hasta la de Cataño en donde se desarrollaron los acontecimientos e intervino activa y eficazmente en la comisión de los delitos sobre los cuales versa este proceso; ella fue la que excitó los instintos sanguinarios de Mejía y fue ella también la que en el lugar de la tragedia, mientras Mejía disparaba y hería a su víctima, prestaba ayuda infundiendo el pánico en los posibles defensores de Cataño, armada de cuchillo y agrediendo a diestra y siniestra, sin importarle un higo cuál fuese su víctima".

Dadas las respuestas del Jurado, no obstante la existencia de algunas probanzas de que los dos procesados eran responsables de tales infracciones, quedan impunes los delitos de heridas y el homicidio de Roberto Franco.

En cuanto al homicidio de Elías Cataño decidió que eran responsables Lázaro Mejía y Berta Londoño en concurso recíproco, agregando que se había cometido en un momento de ira; modalidad que en nada modifica la calificación que se hizo en la sentencia que dio al homicidio el carácter de simplemente voluntario.

En el auto de proceder se planteó un homicidio simplemente voluntario sin circunstancias de justificación o exculpación. En concordancia con ese auto se formularon los cuestionarios; y de acuerdo con el Código Penal vigente entonces (artículo 587), y la respuesta de los jurados, a pesar de la agregación que le hicieron al determinar la pasión que movió a los agentes del delito, no implica una modificación que se traduzca en atenuación de la pena.

Alega el recurrente que no debe aplicarse el Código Penal anterior sino el nuevo, ya que la adición al cuestionario de "en un momento de ira" equivale a la situación que contempla el artículo 28.

La atenuación de la pena allí determinada se hace cuando el estado de ira o intenso dolor es provocado por grave e injusta provocación que sufre el reo; y lejos de eso, de la relación de los hechos más bien aparece lo contrario.

Por último alega el recurrente que al aplicarse a Mejía la pena como reincidente se violó el artículo 35 del anterior Código Penal que manda no tener en cuenta para el aumento de la pena el homicidio cuando haya mediado provocación; pero ni de las respuestas del Jurado, ni de los hechos comprobados aparece la provocación que se alega. Lejos de eso:

"El proceso —dice el Procurador en su vista— se tramitó de conformidad con la legislación anterior. En el auto de proceder se planteó un homicidio simplemente voluntario, sin circunstancias de exculpación, de justificación o de atenuación. Los cuestionarios fueron formulados en armonía con aquel auto de proceder".

En desarrollo, por lo tanto, del anterior Código Penal el homicidio de que fue víctima Elías Cataño debe reputarse como simplemente voluntario, de acuerdo con el artículo 587, Ordinal 6º; y no obstante la agregación hecha por los jurados al veredicto afirmativo, porque el señalamiento de la pasión que imperó en los agentes del delito cuando consumaron el hecho criminoso, no implica una circunstancia modificadora que deba traducirse en una atenuación de la pena.

Pero el recurrente sitúa la cuestión no dentro del Código anterior, sino en el nuevo, para sostener que las palabras aditivas del cuestionario equivalen a la situación contemplada por el artículo 28 del Código actual.

Planteado el asunto en esa forma la ré-

plica resulta muy fácil; el estado de ira en que se cometa un homicidio es circunstancia modificadora si concurre el factor, esencial para la existencia de la modificación, de que ese estado haya sido causado por una provocación de doble índole, o sea **grave e injusta**.

El cuestionario que se estudia no afirma la existencia de ese factor, lo que es muy explicable, por otra parte, pues el proceso no daría base para sostener que los homicidas hubieran sido víctimas de provocación grave e injusta por parte de las personas que perecieron a consecuencia de las heridas que con arma de fuego como también con armas blancas les ocasionaron a los procesados".

Con esa breve pero irrefutable consideración, quedan desvanecidos los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal. Quizá sólo podría agregarse que si los veredictos entrañan alguna injusticia, o tienen algún viso de contradicción, semejantes defectos, si prosperan como motivos de ataque contra el fallo del Tribunal, irían a desmejorar la situación de benignidad en que fueron colocados por la sentencia condenatoria, pues como se dijo antes, no sólo quedaron impunes las lesiones personales, sino el homicidio consumado en la persona de Franco Mesa. Como la Corte ha sentado jurisprudencia de que en el recurso de casación no debe empeorarse la situación del reo, resulta inútil extenderse sobre estos motivos que podrían perjudicar a los condenados en el proceso".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Lázaro Mejía a la pena principal de 13 años 4 meses de presidio y a Berta Londoño a 9 años de presidio como coautores del homicidio consumado en la persona de Elías Cataño en el "Barrio Antioquia" del corregimiento de Belén, jurisdicción del municipio de Medellín.

Cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Manuel Caicedo Arroyo. — José Antonio Montalvo. — Campo Elías Aguirre. Julio E. Argüello R., Secretario.

HOMICIDIO

En varias decisiones ha sostenido la Corte que dentro de los términos de la causal 2ª de casación del art. 567 del Código de Procedimiento Penal se comprende la acusación que se haga a la sentencia por fundarse en un veredicto del Jurado contrario a la evidencia procesal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel Caicedo Arroyo)

José Juvenal Cadavid fue llamado a juicio por el delito de homicidio, castigado en el Capítulo I del Título XV del Libro 2º del Código Penal, por auto de 31 de mayo de 1940 proferido por el señor Juez 2º Superior de Manizales, y confirmado por el Tribunal Superior el 15 de julio del mismo año.

De las respuestas de los Jurados se desprende que Cadavid ocasionó la muerte a Ricardo Cuartas por medio de dos heridas, con el propósito de matarlo, sin que la víctima se hallara en estado de inferioridad o indefensión; hecho que ejecutó en estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, por necesidad de defenderse de una violencia actual e injusta contra su persona, y sin que hubiera riña que se produjese de manera casual.

El Juez consideró que en esta forma se declaraba justificado el hecho delictuoso, y que el Jurado, diciendo que Juvenal Cadavid Sierra no es penalmente responsable del homicidio cometido en la persona de Ricardo Cuartas Benítez, emitía un veredicto en contradicción con los hechos; y ordenó en consecuencia la reunión de un nuevo Jurado.

Consultada esta providencia, el Tribunal Superior de Manizales, en desacuerdo con el señor Fiscal y con un voto disidente, revocó el auto del inferior y ordenó devolverle el expediente para que dictase el auto respectivo de conformidad con el veredicto del Jurado.

Vuelto el expediente al Juzgado se dictó sentencia por la cual se absuelve a José Juvenal Cadavid Sierra del delito que se le ha venido imputando, se ordena cesar todo procedimiento contra él y se le declara a paz y salvo con la sociedad.

Elevado en consulta este fallo, el señor Fiscal insistió en considerar los veredictos contrarios a la evidencia, y pidió se revocara la sentencia, la que fue confirmada por el Tribunal con el salvamento de voto de uno de los señores Magistrados.

El señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Manizales, en consecuencia, ha interpuesto recurso de casación fundándolo en las causales 1ª, 2ª, 3ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimietno Penal.

El señor Procurador Delegado en lo Penal se excusó de emitir concepto por cuanto habiendo sido el recurrente el Agente del Ministerio Público, y habiéndosele quitado la atribución que le confería el artículo 60 de la Ley 118 de 1931 para hacer o ampliar la demanda de casación, no era el caso de formularla.

Cuartas Benítez y Juvenal Cadavid eran cuñados; y por causas familiares y por lo mismo privadas, hacía tiempo que las relaciones estaban rotas entre el matrimonio Cuartas-Cadavid.

Ante la situación, escabrosa entre los miembros de la familia, Juvenal Cadavid fue un elemento beligerante, pues fue sindicado anteriormente de heridas a su cuñado Ricardo Cuartas, si bien se le absolvió por haberlo herido en legítima defensa.

Existía pues, entre Cuartas y Cadavid, peligrosa enemistad; y siendo ambos además valientes, de armas tomar, se temían mutuamente.

Conviene transcribir lo confesado por Cadavid en sus dos indagatorias.

Dice en la primera:

"Yo hacía dos años que no venía aquí a ver a mi familia, y por eso no sabía en dónde vivía mi señora madre; mas al llegar anoche, pasé por la acera donde está situada la Prendería de mi cuñado Ricardo Cuartas, quien estaba en el andén de pies y recargado contra una de las puertas; apenas me vio me dijo: "Ya volvió este hijo de puta", mas como se rebujara en los bolsilllos como buscando arma, yo cogí y con un cuchillo grande que llevaba en la cintura lo saqué del cinto o vaina y con él le tiré dos puñaladas al Cuartas sin que sepa si lo maté o no, porque yo me abrí a correr en atención a que me siguió hasta la esquina de la plaza, la más inmediata a la Prendería".

Y manifiesta en la segunda:

"Serían las siete y media de la noche cuando salí de la cantina del señor Jiménez (en Manizales), y me fui en un carro que estaba llamando para Pereira, y yo en medio de mis tragos resolví coger el carro y me fui para mi casa, pues hacía que no veía a mis familiares unos diez y ocho meses. A mí me desmontaron en una calle cercana a la plaza de Chinchiná, y de allí me fui a pie a buscar la casa de mis familiares, y cuando iba me encontré con el señor Ricardo Cuartas, quien se encontraba recostado en la puerta del establecimiento de él mismo, y cuando yo pasaba se enderezó atajándome el paso por la acera y me dijo entre dientes: "Ya volvió este gran hijueputa?" y acto seguido me mandó un zarpazo con la mano, y yo me le zafé, advirtiendo que él se rebujó los bolsillos de los pantalones y yo le mandé dos puñaladas con un cuchillo-machete-podador que yo destinaba para despuponar los cafetales; yo en vista de que él me seguía hasta la esquina, yo seguí huyendo".

Pero ninguna de estas dos relaciones tiene confirmación en las pruebas del expediente. Afirma Cadavid que llegó a Chinchiná después de dos años de ausencia y que buscaba la casa de su madre, lo que está contradicho con la declaración de Jesús Castaño López, quien dice:

"De los hechos que se están investigando, y en relación con lo que se me pregunta, declaro que es un hecho cierto y cumplido que en la mañana del martes 10 de los corrientes (octubre de mil novecientos treinta y nueve), como a eso de las 8 a. m. iba por la carrera 5ª de esta población (Chinchiná), hacia la salida, de regreso a mi casa de campo, cuando vi que salió de la casa de la señora madre José Juvenal Cadavid (a. Lalo), y se dirigía a toda la esquina en donde está ubicado el edificio de Sanidad, mas como me viera, se sorprendió y me dijo, bueno don Jesús, usted tiene el perro para que me lo venda? A esto le contesté, no señor, yo lo vendí, pero si lo necesita yo le digo quién lo tiene, pero ligero se ausentó por toda la calle que conduce al local de la escuela de niños, sin que hubiéramos hablado ninguna otra cosa".

Y con la de Jesús Antonio Hincapié, quien afirma:

'Anoche como a eso de las siete (o sea el 10 de octubre de 1939), y tres cuartos, antes de ocurrir el desgraciado suceso que se está investigando relacionado con la muerte causada en forma violenta al señor Ricardo Cuartas, yo subía de la plaza principal de este poblado (Chinchiná), hacia arriba por toda la carrera 5ª y a la vez bajaba por la misma carrera, como de su casa de habitación, el señor José Juvenal Cadavid (a. Lalo), pues con este apodo me es conocido en esta población desde hace varios años".

Tampoco ha dicho la verdad el reo en

lo relativo a las prendas de vestir que llevaba. A este efecto dice:

"Hago constar que yo llegué anoche con mis prendas de vestir como trabajador, es decir, con sombrero de caña, mulera y delantal de lona y pañuelo rosado de dril o tela ordinaria al cuello, prendas de vestir y cuchillo que se me ponen a la vista, las cuales se me cayeron en la carrera. Anoche me encontraba, además, con la barba en el rostro, pero esta mañana me afeité".

Sobre estos puntos dice Jesús Antonio Hincapié:

"Cuando Lalo bajaba hacia el lugar estaba vestido de cachaco, calzado y con flux de paño negro, que hasta por cierto como distintivo observé que se encontraba cerrado de barba color negro, cosa que noté perfectamente por haberlo visto a poca distancia".

También Castaño López declara:

"Hago constar que Lalo se encontraba de calzado color negro, pantalón y saco del mismo color y muy cerrado de barba, que hasta por cierto se ocultaba o cubría la barba con una ruana de color oscuro que echaba hacia el rostro".

Y Pedro Antonio Morales, único testigo presencial de los hechos, agrega:

"Esta noche como a eso de las ocho y media, me encontraba en el parque principal de esta población y de allí me dirigía a mi casa de habitación, cuando al pasar por frente a la prendería del señor Ricardo Cuartas, vi que éste se encontraba de pies en una de las puertas del establecimiento, la más inmediata a la plaza principal, con los pies en el andén y recargado a la puerta; como a los diez metros de distancia de la prendería y por toda la acera y con dirección hacia dicho establecimiento de subida a la plaza iba un sujeto para mí desconocido, de regular estatura, delgado, descalzo, de mulera y sombrero de caña, quien apenas me vio se agachó con el fin de arreglarse el pantalón, quizá con el objeto de que no le viera el rostro; inmediatamente miré hacia atrás y vi que tal sujeto le dio dos puñaladas seguidas al mentado señor Cuartas".

Cadavid, pues, llegó temprano a Chinchiná; tuvo informes de la conducta inmoral de su cuñado y se formó el plan de darle muerte. Se disfrazó de arriero y salió en busca de su víctima. Ricardo Cuartas estaba en la puerta de su tienda, recostado contra la pared y ajeno a todo peligro; ve llegar hacia él a un desconocido que rápidamente le asesta dos puñaladas mortales; exclama: "Ay, por Dios, me mataron" y sigue a su agresor; pero le faltan las fuerzas y regresa agónico al interior de su establecimiento, en donde al interrogársele por su agresor contesta: "Me hirió un hombre bajito, como parecido a Meneses".

Cómo es posible que habiendo encuellado a su heridor, como éste lo dice, no lo conociera, dadas las condiciones de grave enemistad de familia que entre ellos mediaban, y más bien indicara una persona a quien se parecía?

Palmaria es la diferencia entre las dos indagatorias de Cadavid.

De acuerdo con la primera, la legítima defensa es subjetiva, producida por la ilusión de un ataque, puesto que Cuartas, después de lanzarle un soez insulto, se **rebuja** en los bolsillos como buscando un arma.

Conforme a la segunda, es la defensa objetiva o formal por el ataque, o sea la **encuellada** de que trata.

La legítima defensa ya subjetiva, con base en un temor fundado o en una alucinación del sindicado, ya objetiva, cuando se trata de un ataque real, debe aceptarse si está ajustada a los hechos comprobados en el sumario; pero si las afirmaciones del reo, se destruyen con las constancias recogidas no es posible atenerse al solo dicho del acusado.

El señor Fiscal se expresa así al fundar el recurso por la causal 2ª de casación:

"La sentencia interpreta los hechos narrados por el sindicado en sus dos con-

tradictorias injuradas en forma errónea y de manera muy singular acepta una legítima defensa subjetiva esbozada en la primera indagatoria no obstante que en la segunda habla de la defensa real. Se ha dado a estas manifestaciones del sindicado un valor probatorio que la ley no les reconoce, máxime si se examina la declaración de Pedro Antonio Morales, único testigo presencial, a cuya exposición se le ha negado el valor probatorio que comporta, sumado a otros indicios que no dejan duda de lo inverídicas de las declaraciones del acusado".

Manifiesta diferencia hay entre las dos declaraciones de Cadavid. Según la primera, procede por la ilusión de un ataque; y de acuerdo con la segunda, le precede un ataque real. De manera que esta contradicción le quita crédito a sus relatos que, por otra parte, están en desacuerdo con las demás pruebas recogidas que se dejan transcritas.

Esta discrepancia lleva a la conclusión de que el Tribunal, al aceptar las manifestaciones del sindicado, les ha dado un valor probatorio que no tienen, como elementos eximentes de la responsabilidad.

El Juez de Derecho tiene el proceso como única fuente de información para declarar si el veredicto del Jurado es o no contrario a la verdad de los hechos; y en el presente caso está comprobada la contradicción del sindicado en sus indagatorias sobre la defensa legítima, y demostradas varias circunstancias acerca de la falsedad del hecho confesado que acogió el Jurado en sus respuestas a los cuestionarios propuestos, siendo pues notoriamente injusto el veredicto.

Debe por lo tanto admitirse la causal 2ª.

En varias decisiones ha sostenido la Corte que dentro de los términos de la causal 2ª de casación del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, se comprende la acusación que se haga a la sentencia por fundarse en un veredicto del Jurado contrario a la evidencia procesal.

Así, en sentencia de 24 de noviembre de 1941 dijo:

"El fin práctico que indica el señor Procurador para la causal del número 2º del artículo 567, en procesos de que conocen los Jueces Superiores con intervención del Jurado, fin de decisión acortada, a juicio de la Sala se extiende a algo más que al solo problema de un yerro en la estimación de la prueba del cuerpo del delito.

"Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia que se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí comportan o poseen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de su demostración en el expediente, el debate se dirige a lo principal de la materia en que consista la infracción de la ley penal 'siempre que sean elementos constitutivos del delito' aquellos hechos mal interpretados o mal apreciados. Fue variada, pues, no más que la forma de la causal 3ª del art. 3º, Ley 118 de 1931".

Pero también la errónea apreciación o interpretación de los hechos en cuanto sean elementos eximentes de la responsabilidad, abren campo al fenómeno del veredicto condenatorio contrario a la evidencia. La Sala no olvida que la causal de injusticia notoria del veredicto se sujetaba en la Ley 118 de 1931 al requisito del previo debate de la cuestión ante el Juez o Tribunal, requisito que no exige la nueva ley para la contingencia comentada".

"Y no es que el Código de Procedimiento Penal impida a la Corte considerar ese fenómeno de un veredicto que a la evidencia repugna. Lo que ocurre es que, cambiada también la expresión o fórmula de la causal 5ª de los citados artículo y ley, subsiste tal contingencia sobre todo para los veredictos afirmativos de la responsabilidad".

"Si así no fuera, ningún efecto producirían la invocación que se hiciese de la causal segunda y la justificación ante la Corte de que por error de interpretación o apreciación de los hechos, como aparece ese error detallado en dicha causal, se

condenó a un reo cuando las condiciones de ejecución del supuesto delito revelen un franco elemento eximente de responsabilidad, conforme al Código Penal".

Y en sentencia de 16 de febrero de este año expresa:

"Tratándose de recursos destinados a dar vida y eficacia a las garantías de justicia, siempre será más aconsejada la interpretación extensiva. Pueden presentarse casos de sentencias definitivas, absolutorias o condenatorias, fundadas en veredictos clamorosamente contrarios a la evidencia procesal. Si el presunto reo así condenado, o el representante del Ministerio Público, o ambos a la vez, recurren en casación ante la Corte, demuestran el error cometido e invocan la causal segunda, sería desconcertante para la sociedad que este supremo tribunal admitiera que porque en la nueva reglamentación del recurso no se mencionó, de modo expreso, la hipótesis de que la sentencia está basada en un veredicto notoriamente contrario a la evidencia, el nuevo estatuto no suministra remedio alguno contra la injusta condena, habiéndose adoptado en él, como segunda causal, una fórmula que por la amplitud de su contenido bien puede abarcar el error de apreciación de los hechos "determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes", cometido tanto por el jurado al resolver los cuestionarios desatendiendo la verdad procesal, como por los jueces de instancia al dictar sentencia de acuerdo con las resoluciones erróneas del jurado".

"En estudio anterior la Sala consideró detenidamente los puntos de vista de la Procuraduría llegando, como hoy, a la conclusión de que no debe recortarse el alcance de la debatida causal segunda— (véase el fallo de 24 de noviembre de 1941, con ocasión del recurso intentado por Miguel Angel López)".

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

1º INVALIDA la sentencia de 26 de junio de 1941 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por la cual confirmó la de 26 de abril del mismo año proferida por el señor Juez Segundo Superior de dicho Distrito Judicial que absolvió a José Juvenal Cadavid Sierra del delito de **homicidio** consumado en la persona de Ricardo Cuartas Benítez.

2º Declara CONTRARIO A LA EVIDENCIA PROCESAL el veredicto del jurado rendido en la audiencia del 13 de abril de 1941, celebrada en la causa contra José Juvenal Cadavid.

3º Ordena la devolución del proceso al señor Juez Segundo Superior de Manizales para que convoque inmediatamente un nuevo jurado.

Cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

Manuel Caicedo Arroyo — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

RESPONSABILIDAD DE LOS RECAUDADORES

Es un principio general que informa toda nuestra legislación fiscal la de que los recaudadores son responsables por las deudas causadas y no cobradas; mas cuando a pesar de la diligencia y cuidado que han tenido no han podido recaudar, sin que haya culpa de su parte, debe declarárseles libres de responsabilidad. Así lo ha resuelto la Corte en numerosas decisiones. Y cuando se acredita no solamente que se hicieron todas las gestiones conducentes a obtener el recaudo de las cantidades causadas a deber sin que se hubiera logrado, sino que dichas sumas han sido cobradas con posterioridad e ingresado al fisco, la ninguna responsabilidad del recaudador aparece de manera nítida, y el cobro que de ellas se les haga carece de causa, a más de que implica un enriquecimiento injusto por parte de la entidad fiscal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

La Contraloría General del Departamento de Cundinamarca, con fecha 29 de febrero de 1936, en auto número 1561, feneció "la cuenta de la Tesorería de las Habitaciones para Obreros de Bogotá, correspondientes al mes de diciembre de 1932, con un alcance a cargo del responsable señor Luis María Pardo M., por valor de mil trescientos ochenta y siete pesos sesenta y cinco centavos ($ 1,387.65) moneda corriente, suma que consignará en la Caja de la respectiva Tesorería cinco días después de notificado de esta providencia".

Dicha Contraloría impuso además al citado responsable señor Pardo M., multas por valor de quince pesos ($ 15.00) m. l.

Se basa el alcance deducido en los siguientes hechos:

a) Por falta de comprobantes en el ingreso a Caja por Acreedores Varios, de la suma de $ 30.00 "para garantizar pago de arrendamientos; b) Por haber dejado de recaudar el valor de los arrendamientos pendientes hasta el 31 de diciembre de 1932, y el cual ascendía a la cantidad de $ 1,357.65.

Con fundamento en el referido auto de fenecimiento, el Juzgado Departamental de Ejecuciones fiscales, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Municipio de Bogotá y a cargo del señor Luis María Pardo M. por el monto del alcance deducido y las multas impuestas, más los intereses correspondientes.

Posteriormente el mismo Juzgado adelantó la ejecución también contra los fiadores solidarios del responsable señor Pardo M., señores Melitón Escobar Larrazabal y Gustavo Escobar Larrazabal.

En tiempo oportuno, por medio de apoderado, los ejecutados Luis María Pardo y Gustavo Escobar L., presentaron un

pliego de excepciones, cuyo incidente fue decidido en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 19 de noviembre de 1941, en sentido favorable a los excepcionantes.

Por apelación de este fallo ha subido el negocio a esta Superioridad, la cual procede a resolver la alzada, agotada como se encuentra la tramitación de rigor.

Excepciones propuestas

Los medios de defensa alegados por los excepcionantes se adujeron en la siguiente forma:

"PRIMERO. Inexistencia de la obligación. Fundo esta excepción en los hechos siguientes: Las cuentas correspondientes a arrendamiento del mes de diciembre que por este juicio se me sigue fueron ya cubiertas, como me prometo demostrarlo en el correspondiente término de prueba.

SEGUNDA. Error de cuenta. La Contraloría Municipal feneció las cuentas sin ningún alcance y sólo la Contraloría General del Departamento, sin motivo justificable, me dedujo la cuenta.

TERCERO. Causa ilícita. Es principio de sana jurisprudencia que nadie se puede enriquecer sin causa justa. Es así, que nosotros no hemos derivado ningún provecho de los arrendamientos que se nos cobra, luego no existe razón para que se nos persiga judicialmente.

CUARTA. Cobro indebido. Habiendo pagado los arrendatarios cuenta que en la actualidad se me cobra por este juicio no hay razón para que esa misma cuenta se cobre dos veces, luego la causa, la razón, la existencia de la obligación ha desaparecido".

Por encontrar ajustada al derecho y en un todo conforme con lo que aparece acreditado debidamente, en autos, la Corte reproduce la siguiente motivación del fallo del Tribunal **a quo**:

"Por acuerdo número I de 1933 el Concejo de Bogotá declaró extinguida la Junta de habitaciones para obreros, creada por el convenio celebrado entre la Nación y el Municipio de Bogotá el 5 de abril de 1919, y dispuso que "los bienes y rentas que correspondían a la mencionada Junta pasaran a ser administrados por el Instituto de Acción Social de Bogotá, creado por el Acuerdo 61 de 1932....." (Artículo 15).

El Instituto de Acción Social precitado, en virtud del despacho que a solicitud del excepcionante se le libró, certificó: "2º por los libros y demás documentos entregados más tarde por el señor Pardo en nombre de la Junta de Habitaciones para Obreros al Instituto de Acción Social,..... puede deducirse que el señor Pardo **sí hizo las gestiones conducentes a obtener el pago total de los arrendamientos y que si éstos no se recaudaron tal cosa no es atribuíble a negligencia del señor Pardo.** 4º "El Instituto de Acción Social **ha venido recaudando los arrendamientos correspondientes al año de 1932 y demás** que la Junta de Habitaciones para Obreros le entregó como activo al Instituto, **sin que se haya presentado diferencia alguna con los inquilinos por razón de los saldos que aparecían a su cargo** en el momento de hacer entrega el señor Pardo al Instituto. El Instituto juzga oportuno agregar que el recaudo de arrendamiento de las casas que administró la Junta de Habitaciones para Obreros, por las especiales circunstancias pecuniarias de sus inquilinos, es difícil efectuarlo en su totalidad en la fecha de los vencimientos". (Se subraya).

Es un principio general que informa toda nuestra legislación fiscal la de que los recaudadores son responsables por las deudas causadas y no cobradas; mas cuando a pesar de la diligencia y cuidado que han tenido no han podido recaudar, sin que haya culpa de su parte, debe declarárseles libres de responsabilidad. Así lo han resuelto el Tribunal y la Corte en numerosas decisiones. Y cuando se acredita no solamente que se hicieron todas las gestiones conducentes a obtener el recaudo de las cantidades causadas a deber sin que se hubiera logrado, sino que dichas

sumas han sido cobradas con posterioridad e ingresado al fisco, la ninguna responsabilidad del recaudador aparece de manera nítida, y el cobro que de ellas se les haga carece de causa, a más de que implica un enriquecimiento injusto por parte de la entidad fiscal.

Y esto es precisamente lo que acontece en el caso de autos en relación con el alcance deducido al señor Pardo por el no recaudo de los arrendamientos, en donde además de haber probado, como aparece del certificado del Instituto de Acción Social, "que hizo todas las gestiones conducentes a obtener el pago de los arrendamientos y que si éstos no se recaudaron tal cosa no es atribuíble a negligencia del señor Pardo", acreditó que las sumas que por este concepto se le cobran, han sido recaudadas por el mencionado Instituto, "sin que se haya presentado diferencia alguna con los inquilinos por razón de los saldos que aparecían a su cargo en el momento de hacer entrega el señor Pardo al Instituto".

Debe declararse, por consiguiente, probada la excepción en relación con la cantidad de $ 1,357.65.

Cuanto al alcance por la cantidad de $ 30.00, se observa:

En los ingresos correspondientes al mes de diciembre de 1932 figura la siguiente partida: "Por acreedores varios ..... $ 30.00" Y en el resumen del movimiento de Caja correspondiente a ese mes se lee: "Acreedores varios consignaron para garantizar pago arrendamientos, los siguientes inquilinos: María del Carmen v. de Porras, $ 10.00. Jorge Bustamante, $ 10.00. Juan E. Barreiro, $ 10.00. Total, $ 30.00".

Pues bien, el alcance se le dedujo por no haber presentado el responsable los comprobantes del ingreso de esas sumas a la Caja.

Por manera que se le cobra una suma que entró a la Caja, por el solo hecho de no haber acreditado con los comprobantes de los inquilinos respectivos dicho ingreso, como si la atestación del Tesorero y la existencia de esa suma en la Caja no fueran bastantes a comprobarlo. Si no obstante la aseveración del Tesorero de haber ingresado a Caja faltara allí esa suma, entonces si se justificaría el alcance.

Pero lo que sucede es que a pesar de haber ingresado a Caja los $ 30.00 consignados por los arrendamientos va a tener el Tesorero que consignar otros treinta, lo cual, como es obvio, implicaría un enriquecimiento injusto por parte del Fisco.

La carencia de causa de la obligación que por este concepto se le cobra es patente, por lo cual es preciso declarar probada la excepción correspondiente.

Cuanto a las multas, como ellas son más que todo una cuestión reglamentaria, y aparece que el responsable quedó incurso en ellas por no haber cumplido con las órdenes que se le dieron, no puede declararse probada ninguna excepción en relación con ellas. Contra tales resoluciones existen recursos que deben hacerse valer ante los funcionarios administrativos".

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, confirma el fallo objeto del presente recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán — Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PERSONERIA SUSTANTIVA

Sabido es que la personería sustantiva de las partes constituye un elemento esencial para la configuración y decisión de la acción judicial, pero no un presupuesto para la admisibilidad de la demanda. Por otra parte, la ausencia de legitimación en la causa llegaría a ser un fundamento de excepción de inepta demanda cuando se manifiesta de una manera *ostensible*, como cuando el titular de la obligación litigiosa es A y se demanda a B, o cuando se señala como representante del demandado a persona distinta de quien lo es en realidad. No así cuando la obligación de comparecer en juicio surge o nace de una pretendida vinculación jurídica directa o indirecta entre el titular del derecho litigioso y el demandado, indicado como presunto titular de la correlativa obligación.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

El señor Clemente del Mónaco demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto al Departamento de Nariño, representado éste por el Fiscal de dicho Tribunal, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que todas y cada una de las letras de cambio enumeradas e individualizadas en el hecho primero de esta demanda, fueron aceptadas por la Gobernación de Nariño, por conducto de la Gerencia de Rentas del mismo, en virtud de la delegación especial contenida en los siguientes documentos oficiales: Oficio número 201 de primero (1º) de septiembre de mil novecientos treinta y nueve (1939) dirigido por la Gerencia de Rentas al señor Gobernador del Departamento; y el número 1216 de dos de septiembre del mismo año, dirigido por la Gobernación del Departamento a la Gerencia de Rentas del mismo y confirmados con los documentos que se presentan con esta demanda;

"SEGUNDA. Que en consecuencia el Departamento de Nariño debe pagar al demandante señor Clemente del Mónaco, al día siguiente de la ejecutoria de la sentencia, los siguientes valores: nueve mil ochocientos cincuenta pesos ($ 9,850.00) valor nominal de las letras de cambio enumeradas en el hecho primero de este libelo y a que se contrae la petición anterior; los intereses comerciales corrientes de esta suma devengados desde la fecha de vencimiento de cada uno de los instrumentos hasta el día del pago total; y los gastos de cobranza, falsas comisiones, etc., etc., causados por la mora del Departamento".

Al contestar en traslado la demanda incoada, el citado funcionario alegó la excepción de inepta demanda, que hizo consistir en haber sido dirigida la acción contra persona diversa de la obligada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda: inciso 2º del artículo 333 del Código Judicial; y que se quiere basar en los siguientes hechos:

a) Que el girador de las letras materia de este pleito, el señor Clemente del Mónaco, las dirigió no contra la Entidad Departamento de Nariño, sino contra la Ge-

rencia de Rentas Departamentales de Nariño.

b) El Departamento de Nariño, es distinto de la entidad denominada Gerencia de Rentas Departamentales, la cual no tiene personería jurídica, o si la tiene, no representa al Departamento, ni podía aceptar o rechazar en su nombre las letras de que se trata.

c) Que el Departamento de Nariño es ajeno al negocio de las letras y ajeno también al contrato que las motivó, y no está obligado al pago de ellas.

El incidente a que dio lugar tal excepción, fue decidido por el Tribunal mencionado, en providencia del 16 de julio de 1941, en sentencia desfavorable a las pretensiones del excepcionante. Por apelación del auto respectivo, ha subido el negocio a esta Superioridad, la cual procede a decidir el recurso, después de la tramitación de rigor.

La Sala acoge, por estimarlo estrictamente jurídico, el concepto de la parte motiva del proveído del Tribunal **a quo**, en cuanto el Tribunal considera como un prejuzgamiento sobre lo que es materia principal del juicio, el resolver ahora si la acción está o no dirigida contra la persona verdaderamente obligada, pues, añade la Sala, la validez de la aceptación de las letras que motivan la acción promovida, es asunto que atañe a las relaciones contractuales de que emana la acción del demandante; y éste no es el momento oportuno en el juicio para adelantar concepto sobre esta cuestión, cuyo estudio y solución será materia de la sentencia que le ponga fin a dicho juicio.

Igualmente esta Sala está conforme con la opinión del señor Procurador Delegado en lo Civil, quien expresa lo siguiente:

"La acción deducida en juicio, resultante de los extremos de la demanda tal como en ella se expresan, excluye la aplicación de disposiciones que como la del numeral 2º del artículo 333 del C. J., sólo tienen un radio de acción adjetivo o de procedimiento. No puede llegarse por tal camino a eludir el estudio de la cuestión que es precisamente, por su contenido sustancial o de fondo, la que forzosamente ha de definir el juzgador en el fallo que ponga fin al hecho litigioso".

Aparece de autos que la acción instaurada se deriva de una relación jurídica emanada de la aceptación de unas letras de cambio aceptadas por el Gerente de las Rentas departamentales de Nariño, de la cual relación, pretende el actor deducir una obligación a cargo del Departamento demandado. Es ésta la cuestión que oportunamente dilucidará y establecerá la sentencia.

Sabido es que la personería sustantiva de las partes constituye un elemento esencial para la configuración y decisión de la acción judicial, pero no un presupuesto para la admisibilidad de la demanda. Por otra parte, la ausencia de legitimación en la causa, llegaría a ser fundamento de una excepción de inepta demanda cuando se manifiesta de una manera ostensible, como cuando el titular de la obligación litigiosa es A y se demanda a B, o cuando se señala como representante del demandado a persona distinta de quien lo es en realidad. No así cuando la obligación de comparecer en juicio surge o nace de una pretensa vinculación jurídica directa o indirecta entre el titular del derecho litigioso y el demandado, indicado como presunto titular de la correlativa obligación.

Por todo lo que queda expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA el auto objeto de la presente alzada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta — José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán. Manuel Pineda Garrido, Secretario.

JURISDICCION PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS RELATIVAS A PRESTACIONES SOCIALES

Es jurisprudencia reiterada de la Corte la de que dada la especialidad y el carácter de excepción del artículo 1º de la ley 45 de 1939 respecto de las disposiciones generales del Código Judicial, ha de concluírse que deben conocer los jueces de los negocios a que aquel se refiere por el procedimiento verbal y teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de las mismas.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

Miguel Ruiz A., ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, promovió demanda contra el Departamento de Bolívar, representado éste por el respectivo Fiscal de dicho Tribunal, para que previa la tramitación correspondiente al Procedimiento verbal señalado en el Código Judicial, se condene a la entidad demandada a pagar al actor por concepto de horas extras de trabajo y descanso dominical, la suma de $ 899.74 m. l.

Admitida la demanda por el Tribunal mencionado, finalizó la instancia con sentencia del 21 de octubre de 1941, la cual fue apelada por el apoderado del demandante, y por tal motivo ha subido el negocio a esta Superioridad.

Antes de surtirse en su totalidad la etapa procesal de esta segunda instancia, la Corte observa que está en presencia de un caso de incompetencia de jurisdicción improrrogable, para cuya declaración, en sentir de la Sala, no es preciso ni conveniente esperar hasta el momento de proferir la sentencia definitiva, toda vez que sería inoficioso, perjudicial para las partes litigantes, y contrario a la celeridad que debe informar la marcha de los procesos judiciales para una buena administración de justicia, adelantar un juicio acerca del cual se conoce que no es competente la Corte por razón de la cuantía, según ella lo ha decidido ya anteriormente en esta clase de negocios, aplicando el artículo 1º de la ley 45 de 1939, vigente al tiempo de instaurarse la presente demanda.

Véase el fallo proferido el 28 de octubre de 1941 por esta misma Sala, en el juicio de Raimundo Barrero contra el Departamento de Cundinamarca, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"En consecuencia, dada la especialidad y el carácter de excepción del artículo 1º de la Ley 45 de 1939 respecto de las disposiciones generales del Código Judicial, ha de concluírse que deben conocer los jueces de los negocios a que aquel se refiere, por el procedimiento verbal y teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de las mismas". (**Gaceta Judicial,** tomo LII, página 523 y siguientes).

Da base a esta conclusión de la Sala de Negocios Generales de la Corte, con relación al presente juicio, el artículo 455 del Código Judicial en sus concordantes con los artículos 148, 151 y 348 de la misma obra.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, DECLARA Y RESUELVE que tanto ella como el Tribunal Superior del Distrito Ju-

dicial de Cartagena carecen de competencia para conocer del presente juicio.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta — José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán. Manuel Pineda Garrido, Srio.

COMPETENCIA EN ASUNTOS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES

De acuerdo con la ley 45 de 1939 el conocimiento de los juicios sobre prestaciones sociales corresponde a los jueces, por procedimiento verbal, y teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de las mismas.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Antonio José Rodríguez M., por medio de apoderado especial, en libelo de fecha 10 de junio de 1941, demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín al departamento de Antioquia, representado por el respectivo agente del ministerio público, para que la entidad demandada, en su calidad de dueña de la empresa denominada Ferrocarril de Antioquia, sea condenada a pagarle al Sr. Rodríguez "la suma de $ 622.75, por concepto de la pensión de jubilación, causada y no pagada, ni reconocida, a partir del 5 de mayo de 1939, al 17 de febrero de 1940 o sea, la correspondiente a nueve meses y doce días a razón de sesenta y seis pesos con veinticinco centavos ($ 66.25) mensuales, todo de acuerdo con lo previsto por las leyes 206 de 1938 y 1ª de 1932.

El tribunal a quo sometió el negocio a la tramitación establecida por los artículos 1208 y siguientes del código judicial. Y en sentencia de fecha 14 de octubre siguiente le puso término al litigio con absolución de la entidad demandada. Este fallo absolutorio se basa en la consideración de que el actor no podía aspirar al reconocimiento de la gracia impetrada por hallarse en el caso del artículo 58 de la actual codificación constitucional que prescribe que nadie puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

El apoderado del actor interpuso apelación contra la anterior providencia del tribunal, recurso que éste concedió en el efecto suspensivo y para ante esta sala de la Corte. Aquí se encuentra agotada la tramitación de rigor, siendo por lo tanto el caso de entrar a resolver en definitiva.

La demanda fue presentada al tribunal de primer grado cuando ya estaba en vigencia la ley 45 de 1939 que señala un procedimiento especial para las controversias referentes a prestaciones sociales y que regula la jurisdicción y competencia por la cuantía y por la vecindad de las partes.

Dice el artículo 1º de la citada ley 45 de 1939:

"Las controversias que se presenten por razón de la aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación (subraya la sala), 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 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".

El artículo ordena, haciendo excepción a los principios generales del código: primero, que por la naturaleza del asunto, o sea por referirse a garantías y derechos sociales, los juicios que se susciten tomen el procedimiento verbal que es más rápido y menos costoso para las clases trabajadoras; y segundo que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, con el objeto de que a las clases débiles no se les dificulte entablar sus acciones de menor cuantía, sea contra los departamentos o sea contra la nación, desde sus propios lugares de trabajo y en condiciones las menos gravosas.

En providencia de veintiocho de octubre del año próximo pasado, dictada en el juicio de Raimundo Barrero contra el departamento de Cundinamarca (Gaceta Judicial número 1.979, páginas 523 y siguientes), la Corte estudia ampliamente los varios aspectos que suscita el examen jurídico de esta tesis, y concluye, como aquí ha de hacerlo, que el conocimiento de los juicios sobre prestaciones sociales corresponde a los jueces, por procedimiento verbal, y teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de las mismas. En esa decisión se pone de presente asímismo cómo en los juicios sobre prestaciones sociales contra la nación y los departamentos, que se sigan ante los jueces municipales y de circuito, corresponde a los personeros, en su calidad de agentes del ministerio público, llevar la representación de aquellas entidades.

Las razones expuestas llevan necesariamente a la conclusión de que el presente negocio no es del conocimiento del tribunal en primera instancia.

A mérito de lo relacionado, la sala de negocios generales de la corte suprema de justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el fallo objeto de la apelación y decide que este asunto no es de la competencia de la corte ni del tribunal superior del distrito judicial de Medellín.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta. — José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. Manuel Pineda Garrido, Srio.

CAUCION DE PERJUICIOS

No existe texto alguno legal que exima a la Nación de prestar la caución de perjuicios a que alude el art. 845 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Dentro del juicio ordinario que sobre declaratoria de bienes vacantes promovió el señor Pedro A. Rebollo contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, juicio en el cual ha venido actuando la nación por virtud de la denuncia del pleito hecha a esta entidad por el Consejo, el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, en auto de fecha primero de septiembre del año próximo pasado, dispuso que la nación, en su calidad de parte opositora, constituyera la caución de que trata el artículo 845 del código judicial. La presentación de dicha caución fue decretada a solicitud que hizo el apoderado judicial del señor Adolfo Carrizosa, quien actúa también en el pleito como cesionario de parte de los derechos del demandante Rebollo.

Contra la referida providencia del tribunal **a quo** interpuso reposición el señor fiscal 1º de dicha corporación, y en subsidio el recurso de apelación para ante el superior. Negada la reposición en auto de trece de septiembre del mismo año, el tribunal concedió la alzada para ante esta sala de la corte, donde surtida la tramitación de rigor procede dictar la correspondiente decisión.

El señor procurador delegado en lo civil, al descorrer el respectivo traslado, manifiesta a la corte que no entra a sustentar el recurso en referencia "por cuanto la Procuraduría se halla en completo acuerdo con la tesis en que se apoya la providencia apelada, según lo ha expresado en casos análogos".

Se considera:

Son ya numerosas las decisiones en que esta sala ha expresado su pensamiento en lo que dice relación a las prerrogativas de que goza el Estado cuando actúa en juicio como persona jurídica, particularmente en lo atinente al verdadero alcance de los artículos 845 y 879 del C. J.

"Conviene hacer notar —dijo la sala en una de aquellas decisiones— que nuestra legislación procesal se inspira en el principio de que las partes deben estar en un mismo plano de garantías y que resultaría contrario a ese principio el que al Estado se le colocase en situación ventajosa privilegiada, cuando gestiona como entidad de derecho privado.

"En el orden procesal como en lo que atañe a la ley sustantiva, las disposiciones que consagran prerrogativas son de interpretación restrictiva, es decir, no pueden extenderse a los casos no previstos. Con ellas parece romperse la igualdad jurídica de los contendientes, pero en el fondo obedecen o deben obedecer, a razones de orden público que están por sobre toda consideración de interés privado. Cuando la ley consagra en favor de alguna de las partes determinada prerrogativa, se presume que tiende en realidad a buscar el equilibrio de las fuerzas en pugna; tal ocurre con el privilegio de pobreza; pero las prerrogativas no se presumen; deben resultar de algún texto legal, y lógico que así sea, puesto que la

norma es la igualdad jurídica de las partes". (Fallo de 15 de octubre de 1940, publicado en la Gaceta Judicial números 1964-1965, pág. 585).

La precedente doctrina de la corte es más que suficiente para relievar la legalidad del auto recurrido en cuanto por él se dispuso que la nación constituyera la caución de que trata el artículo 845 del C. J. Como no existe texto legal expreso que exima al Estado de esa carga procesal, resultan inválidas las argumentaciones que en sentido contrario aduce el fiscal apelante para sustentar la alzada.

En consecuencia el auto apelado debe confirmarse en todas sus partes.

Por lo relacionado, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia **confirma** el auto de fecha primero de septiembre de 1941 dictada por el tribunal superior de Bogotá, que ha sido materia de esta apelación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta. — José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCIONES.—INSPECCION OCULAR.—CERTIFICADOS

1.—La diligencia de inspección ocular extrajuicio, practicada sin citación personal de la parte contra quien ha de aducirse, no tiene mérito probatorio contra dicha parte. (Artículo 731, C. J.). 2.—Un certificado sólo es medio legal de prueba cuando ha sido expedido con las formalidades legales por un funcionario que ejerza cargo por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones. 3.—No por tratarse de un proceso cuya primera etapa se desarrolla ante funcionarios del orden administrativo, puede prescindirse de las disposiciones del código judicial reguladoras del mérito probatorio de los diversos elementos de convicción con que, llegado el caso, deben contar los jueces comunes al fallar en posteriores etapas del mismo proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril treinta de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El juez de rentas nacionales de Bogotá libró mandamiento de pago contra Jacques Brodbeck y Bárbara Umaña de Brodbeck, por la suma de $ 3.817.18 moneda corriente, proveniente del impuesto sobre la renta que se les liquidó en lo correspondiente al año de 1938.

Notificada la ejecución, los ejecutados propusieron un pliego de excepciones, que fue remitido a esa sala por el juez ejecutor para la sustanciación y fallo del incidente.

La excepción es la de error de cuenta, que los ejecutados basan en errores cometidos al liquidar el impuesto que se les asignó por el año de 1938.

De acuerdo con el señor procurador delegado en lo civil, la sala también estima que los ejecutados no acreditaron en la forma legal la existencia de los hechos exceptivos. De tal suerte que la excepción debe declararse no probada. Para llegar a esta conclusión sólo basta tener en cuenta lo siguiente:

1º Obran a los folios 21 a 27 del cuaderno número 1 varias declaraciones de testigos, las cuales fueron rendidas ante el juez 5º civil municipal de Bogotá, a petición del señor Brodcke. Empero, como con toda razón lo dice el señor procurador delegado, tales declaraciones "son de nudo hecho y no fueron ratificadas durante el término de prueba. No pueden, por tanto producir efectos en el fallo".

En efecto, el artículo 693 del código judicial prescribe de modo terminante que "salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que estos o **su ratificación** (subraya la sala), se hayan pedido y decretado durante el término probatorio a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba".

En el caso de autos era ineludible la ratificación de los testimonios en referencia, a efecto de que la corte pudiera apreciarlos como prueba de los hechos exceptivos.

2º A los folios 2 a 5 v. del cuaderno número 4 obra copia autorizada de la diligencia de inspección ocular que a petición del señor Brodbeck practicó el señor juez 5º civil municipal de Bogotá el día 16 de mayo de 1941. Tampoco es legalmente posible tener en cuenta este ele-

mento de convicción con que los ejecutados pretenden acreditar otro de los hechos exceptivos, como quiera que en su creación no se tuvo el cuidado de llenar la formalidad que sobre el particular exige el artículo 731 del código judicial, esto es, que dicha diligencia se hubiera practicado "con citación personal de aquel contra quien haya de aducirse". Desde que se prescindió de la intervención de la parte ejecutante en la práctica de la referida diligencia, los ejecutados no pueden pretender ahora aducirla como prueba de su defensa, ya que a ellos se opone el claro y expreso mandato de la precitada disposición procedimental.

El señor procurador delegado se expresa así a este respecto:

"La diligencia de inspección ocular extrajuicio, de cuya acta se presentó la copia que obra a fls. 2 y siguientes del cuaderno número 4, no fue practicada con citación personal de la parte contra quien ahora se aduce, como lo preceptúa el art. 731 del Código Judicial, para que tenga mérito probatorio contra dicha parte".

3º Con el ánimo de acreditar la existencia de determinada partida de gastos a cargo de los ejecutados obra al fl. 1 del cuaderno número 1 el certificado expedido por un particular encargado de la oficina de pasajes de la casa "Stuart Hosie" de esta ciudad.

Ningún mérito probatorio puede reconocérsele a esa pretendida certificación. Al aducirla como prueba se pierde de vista que un certificado sólo es medio legal de prueba cuando ha sido expedido con las formalidades legales por un funcionario que ejerza cargo por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones. Pero expedido por un particular, como ocurre en el presente caso, sería a lo sumo, según lo hace notar el señor procurador delegado, "declaración de un testigo si se hubiese recibido con las formalidades legales".

"4º A los folios 2 a 6 del cuaderno número 1 obran la declaración de renta y patrimonio de los ejecutados correspondiente al año de 1938, y la resolución número 864 de 18 de junio de 1940, dictada por la jefatura de rentas e impuestos nacionales de Bogotá. Esta resolución contiene la liquidación del impuesto que ahora se cobra a la parte ejecutada.

Ninguno de los aludidos documentos sirve para desvirtuar la existencia de la obligación que la parte ejecutante trata de hcer efectiva en este juicio.

Sobre el particular el señor procurador delegado se expresa así:

"b) La declaración de patrimonio y renta que obra al folio 2º del mismo cuaderno nada prueba en contra de los hechos de que da cuenta la Resolución número 846 de 1940, que es la base del juicio.

"c) El ejemplar de la misma resolución presentado por el excepcionante en nada contribuye a desvirtuar su fuerza ejecutiva".

5º Los documentos privados que obran a los folios 7, 8 y 9 del cuaderno número 1, contentivos de contratos celebrados por el señor Jacques Brodbeck con los señores Fritz Ruf y Arnold Brodbeck, sobre prestación de servicios, carecen de mérito probatorio.

Como con sobra de razón lo hace notar el señor procurador, el documento del folio 9º, que es la traducción del de folio 8º, "no tiene fecha cierta respecto de la Nación —tercero— sino desde cuando se presentó para la traducción oficial. Es decir, después de dictada la Resolución base del juicio y de librado el mandamiento ejecutivo. Por consiguiente no puede oponerse al título ejecutivo".

6º Finalmente, los anuncios de propaganda de los restaurantes y hotel de propiedad de los ejecutados (fls. 10 a 12 del c. número 1), como también el inventario que obra a fls. 13 a 17 del mismo cuaderno, por sí solos no son medio legal de prueba, ya que se han presentado al juicio sin el lleno de ninguna de las formalidades que la ley prescribe para que el juzgador pueda apreciarlos.

En efecto, el aludido inventario no lleva ni siquiera la firma de la persona que lo confeccionó. Es un escrito anónimo,

absolutamente inoperante como elemento de convicción.

Los referidos anuncios de propaganda no son menos inadmisibles e inoperantes. Con ellos pretendía la parte ejecutada acreditar la erogación que implicó esa clase de propaganda de sus negocios. Vistos esos papeles a lo sumo se pueden aceptar como un simple indicio de que esa erogación pudo efectuarse. Pero la obligación de los ejecutados consistía en dejar plenamente establecido que en realidad hicieron ese desembolso, para lo cual, como es obvio, se requerían otras pruebas complementarias con las que pudiera relacionarse el indicio.

Las precedentes consideraciones de la sala hacen resaltar en forma muy notoria que la parte ejecutada no demostró en la forma legal la existencia de los **hechos** que alega como fundamento de la excepción propuesta. Se limitó apenas a enunciar su defensa, allegando luego una serie de documentos y papeles de diversa índole, inadecuados, como se ha visto, para que la corte pueda entrar a justipreciar el valor jurídico de la excepción propuesta. No por tratarse de un proceso cuya primera etapa se desarrolló ante funcionarios del orden administrativo, puede prescindirse de las disposiciones del código judicial reguladoras del mérito probatorio de los diversos elementos de convicción con que, llegado el caso, deben contar los jueces comunes al fallar en posteriores etapas del mismo proceso.

Por las razones expuestas, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probada la excepción propuesta. Siga adelante la ejecución.

Las costas del incidente de excepciones son de cargo de los ejecutados. Tásense.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Arturo Tapias Pilonieta. — José M. Blanco Núñez. — Aníbal Cardoso Gaitán. Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCIONES

La Corte no es la autoridad competente para juzgar en definitiva de los fallos administrativos, los cuales tienen sus recursos propios ante el Consejo de Estado, al tenor de lo prescrito por el artículo 7º de la ley 42 de 1923. 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 carácter estrictamente administrativo en que se contemplan problemas ajenos a la jerarquía judicial para las cuales creó la ley una jerarquía especial: la de los tribunales contencioso administrativo. A las autoridades judiciales que conocen del incidente de excepciones, promovido para el pago de un alcance, les basta la resolución administrativa con carácter de ejecutoria, 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 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. 2.—Las nulidades de procedimiento no son hechos exceptivos. Estos deben ser hechos que se oponen a la obligación misma, conforme al artículo 328 del C. J. Con la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción del juez no puede pronunciarse sentencia de excepciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, mayo once de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

La administración de hacienda nacional del Valle del Cauca por medio de resolución del 2 de diciembre del año de 1936 feneció la cuenta de "caja y almacén" de la misma oficina, con un alcance en contra del subalterno responsable señor Pedro Rodas, por la suma de $ 3.468, correspondiente al período del mes de marzo y primeros diez y nueve días del mes de abril del año de 1934, en razón de la falta de especies venales equivalentes a la misma cantidad, conforme a visita practicada y a la revisión de la referida cuenta. A causa de la ausencia del cajero Rodas, el trámite administrativo se surtió con su fiador señor José María Aldana, a quien se notificó del alcance, del cual apeló ante la contraloría general de la república, entidad que lo confirmó en providencia del 25 de marzo de 1937, ejecutoriada oportunamente.

Teniendo por título ejecutivo esta resolución el juez nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá, dictó mandamiento de pago contra el principal responsable Pedro Rodas, y contra su fiador señor José María Aldana, a quien también se persigue con acción real respecto a los bienes que dio en garantía hipotecaria, para responder del manejo de Rodas, según escritura pública número 462 de 25 de julio

de 1933 otorgada ante el notario primero del circuito de Cali.

Adelantándose el juicio, el ejecutado Aldana hizo uso de la facultad de excepcionar. Al efecto, por medio de apoderado, propuso un libelo de defensa, del que entró a conocer la Corte, donde el incidente recibió la tramitación correspondiente. Estando actualmente en situación de decidir, a ello se procede.

Las defensas ejercitadas son varias. Cada una de ellas será por separado examinada.

Consiste la primera en que el desfalco del señor Pedro Rodas, materia del alcance que se le dedujo fue anterior al 25 de julio de 1933, fecha de la escritura de la fianza hipotecaria otorgada por Aldana. De consiguiente al tiempo de garantizar éste el manejo del señor Rodas, ya le faltaban a éste varias cantidades de estampillas y papel sellado que se anotaron a su cargo en el acta de arqueo de especies del 19 de abril de 1934, que sirvió antes de base para otra ejecución, como aparece del cotejo del libro de movimiento de especies con las planillas remisorias. El señor Rodas venía haciendo figurar en dicho libro, desde antes de constituír la hipoteca el señor Aldana, cantidades de especies mayores de las realmente existentes, por el sencillo artificio de simular remesas mayores a las hechas. El señor Rodas pudo proceder así por habérsele encomendado el manejo de especies desde mucho antes del 25 de julio de 1933; y porque al entrar en el manejo de especies por el nombramiento que se le hizo por el decreto del Ejecutivo número 809 de 27 de abril de 1933 de cajero almacenista no se extendió un acta de entrega real y con verificación de las existencias y del estado de la cuenta, por razones inexplicables. De los decretos ejecutivos números 535 de 14 de mayo de 1933, 558 de 28 de marzo de 1932 y 809 de 27 de abril de 1933, resulta que antes del 25 de julio de 1933 había venido desempeñando el señor Rodas otros puestos, relacionados con el manejo de especies, lo que explica en parte la irregularidad apuntada, y, a la vez, el fraude, desfalco, o malversación de que se pretende hacer responsable al señor Aldana.

Se considera:

La ejecución actual básase en un alcance deducido contra el principal responsable señor Rodas, después de una amplia controversia administrativa seguida con audiencia del fiador señor Aldana, a la cual púsole término el fallo de la contraloría general de la república, de fecha 25 de mayo de 1927. En este fallo se consideró la cuestión que hoy propone el ejecutado como excepción, consistente en que la mayor parte de las especies sustraídas por el responsable, lo fueron con anterioridad a la constitución de la garantía otorgada por el señor Aldana.

Mas la contraloría consideró que el desfalco debía considerarse producido fiscalmente hablando en la fecha en que fué descubierto, lo que aconteció el 19 de abril de 1934; porque, arguyó, "una cosa es ejecutar paulatinamente sustracciones delictuosas del haber público y otra, muy distinta, es resumir mediante una visita practicada con plenitud de datos el desfalco en que a la postre se cristalizaron aquéllas".

Estas apreciaciones de la contraloría están consignadas en la providencia con que le dio término al respectivo juicio administrativo de cuentas. La corte debe por lo tanto atenerse a ellas. Porque no es la autoridad competente para juzgar en definitiva de los fallos administrativos como el referido, los cuales tienen sus recursos propios ante el consejo de estado al tenor de lo prescrito en el artículo 7º de la ley 42 de 1923.

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 res-

pectivos 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 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.

Por último, conviene apuntar que en uno de los párrafos finales de la resolución del contralor se lee: "El presente recurso se contrae a los documentos que sirvieron de fundamento al juicio y a los aducidos por el apelante; mas si existen en la oficina de primera instancia otros elementos que permitan deslindar las responsabilidades en forma exacta y definitiva, queda a salvo el derecho del fiador para pedir la reforma consiguiente una vez que el expediente se devuelva a la entidad de primer grado, toda vez que los autos y providencias dictados en juicios de cuentas son revisables por quien los dictó a virtud de nuevas pruebas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la Resolución 36 de 1931, relativa a juicios de oficinas subalternas radicadas fuera del lugar de asiento de las principales, pero aplicable por analogía, a juicios como el presente, y porque, además, el movimiento de las especies venales, por lo que atañe a las remesas de la oficina principal a las recaudaciones dependientes es únicamente verificable y controlable en los libros y cuentas de la entidad remitente, donde reposan los documentos llamados a establecer la conciliación entre las partidas egresadas por la principal y las recibidas de ésta por las subalternas".

Con la cual observación se indicó oportunamente el camino que el responsable tenía o tiene para obtener lo que ha propuesto indebidamente ante el poder judicial.

— II —

Consiste la excepción en que no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 57 de la codificación nacional; no se determinaron previamente, pero ni siquiera **a posteriori** las funciones o atribuciones del responsable principal, señor Rodas, como cajero almacenista de la administración departamental de hacienda nacional, cargo en el cual se le dedujo a Rodas el desfalco.

Con respecto a esta excepción cabe aplicar la doctrina sustentada en el capítulo anterior. La cuestión propuesta de estricto carácter administrativo ha debido proponerse en el juicio de cuentas. En este incidente de excepciones es cuestión exótica. Por ello la Carte se cree sin potestad para examinarla.

— III —

Consiste en que el señor Aldana cauccionó con hipoteca el manejo del señor Rodas para el cargo de cajero almacenista de la administración de hacienda nacional del Valle. Al señor Rodas no se le dio posesión de ese cargo, sino de uno distinto tal vez similar. De consiguiente no se puede aplicar la fianza a un desfalco resultante en un empleo para cuyo desempeño no fue la intención de otorgarla.

Esta sí es una excepción referente a una cuestión de carácter civil que interesa al fiador.

Empero, carente de fundamento conforme demuéstralo con claridad el señor

procurador delegado en su vista fiscal:

"En cuanto a la tercera excepción, no cabe duda de que el cargo de que se dio posesión el 20 de julio de 1933 al señor Pedro Rodas, es el mismo para el cual fue nombrado por Decreto número 809 de 27 de abril del mismo año, como se desprende de la misma escritura en que intervino el señor Gobernador del Valle por autorización expresa contenida en telegrama de 28 de abril de 1933 del Ministerio de Hacienda. La omisión del término "Almacenista" a continuación del de "Cajero", en que se incurrió en la diligencia de posesión respectiva, no hace cambiar la naturaleza y funciones de dicho cargo. Además, del Decreto número 535 de 1933, reorgánico de las Administraciones de Hacienda, se desprende que no se trata sino de un simple lapsus, ya que no existe en la administración de hacienda de Cali un cargo que se llame simplemente "Cajero", sino los de "Cajero Almacenista de Especies" y "Cajero Auxiliar", y fue para el primero de éstos para el que fue nombrado y posesionado el señor Pedro Rodas cuya responsabilidad fue caucionada por el señor Aldana".

— IV —

Se alega como excepción "la nulidad de la hipoteca por indeterminación de los lotes de terreno hipotecados, con referencia a calles y carreras que no hacen parte de la nomenclatura urbana de la ciudad de Cali, y a otros lotes no separados del globo de terreno".

Esta excepción también de carácter civil carece del más ligero fundamento legal.

La naturaleza del gravamen hipotecario requiere la determinación concreta del inmueble afectado, por señales o linderos que lo identifiquen completamente. Y en la escritura de hipoteca otorgada por Aldana, número 462 de 25 de julio de 1936, otorgada en Cali se expresa que se gravan varios lotes de terreno, que se individualizan cada uno por linderos especiales, y para mejor identificarlos se menciona un plano levantado para una proyectada urbanización en la ciudad de Cali, el cual está protocolizado en una notaría.

Qué más podría exigirse en orden a la individualización de los inmuebles hipotecados?

— V —

Se proponen separadamente las excepciones de **cosa juzgada** y **pleito pendiente.** Teniendo los hechos en que se fundan estrecha vinculación, por razón de orden y método deben examinarse conjuntamente.

A las dos excepciones sirve de fundamento el antecedente siguiente:

Con anterioridad a la presente ejecución el juez de rentas nacionales de Cali adelantó un juicio ejecutivo con jurisdicción coactiva contra el mismo señor Aldana por la cantidad de $ 3,466.50, proveniente del mismo desfalco en que incurrió su fiado señor Rodas en el cargo de cajero almacenista de la administración de hacienda nacional del departamento del Valle. A la ejecución entonces sirvió de base el acta de visita practicada a Rodas el 19 de abril de 1934, día en que se verificó el arqueo de los valores a cargo del cajero y que dio por resultado el alcance por razón de especies venales que faltaban en la caja, sobre lo cual Rodas no dio explicación alguna, aceptando al contrario la existencia del alcance.

Seguida la ejecución contra el fiador hipotecario Aldana, éste propuso las mismas defensas que ahora somete a la consideración de la justicia en este juicio. La Corte examinó la primera defensa, esto es, haberse producido el alcance con anterioridad a la fecha de la escritura de hipoteca; y llegó a la conclusión de que no había un documento de valor decisivo que indicara la suma precisa que debía amparar la fianza, porque la ejecución no estaba respaldada en alcances líquidos y definitivos deducidos por la contraloría general de la república. "Aunque Rodas — dijo la Corte — haya aceptado lo que se hizo constar en el acta de visita, esta

aceptación no puede perjudicar a Aldana, porque cuando éste se comprometió a responder como fiador por los alcances que se le dedujeron a Rodas, es evidente que se quiso referir a los que la autoridad, por los trámites legales, determinara con precisión. Esa es la intepretación racional y equitativa de la estipulación. Por tanto, cuando se le cobra a Aldana ejecutivamente una suma que no alcanzó a cubrir el señor Rodas, se le está ejecutando por una obligación que él no contrajo, pues su compromiso no fue éste sino responder por los alcances que se le dedujeran a su fiado en el manejo del puesto para el cual lo afianzó. Y no puede tenerse como alcance legalmente deducido, para que sirva de recaudo ejecutivo contra el fiador, lo aceptado y consentido por el responsable en el acta de visita".

Basada en el anterior razonamiento la Corte concluyó en que el auto ejecutivo contra el señor Aldana carecía de base "en la forma en que se le viene cobrando", por cuyo motivo declaró probada la excepción de INEFICACIA DE LA OBLIGACION.

Vino luégo el respectivo juicio de cuentas para comprobar el desfalco, y deducir el alcance contra Rodas en la forma legal, juicio que remató con la resolución de la contraloría del 25 de marzo de 1937, ejecutoriada oportunamente, y que es la nueva base con que ahora se adelanta la ejecución; el alcance líquido y definitivo deducido, previo un juicio de cuentas, por el departamento fiscal competente, según el numeral 1º del artículo 1059 del código judicial.

De donde se deduce que no hay cosa juzgada. La excepción de hoy se basa en documento distinto del que sirvió a la ejecución de ayer, la cual cayó precisamente por falta del documento que hoy se tiene a la vista. Tampoco existe la excepción de pleito pendiente, fundada en que el primer juicio ejecutivo está vigente. Ese juicio feneció por causa de la excepción declarada por la corte. No ha revivido ni puede revivir. El presente se origina en documento ejecutivo distinto y posterior al que sirvió de base al primer juicio.

— VI —

Igualmente se alega como excepción la incompetencia del júez de ejecuciones para adelantar la presente ejecución. Afírmase que el competente es el juez de rentas de Cali.

Pero si hubiese tal incompetencia, sería un vicio de procedimiento que anularía la actuación. Las nulidades de procedimiento no son hechos exceptivos. Estos deben ser hechos que se oponen a la obligación misma, conforme al artículo 328 del c. judicial. Con la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción del juez, no puede pronunciarse sentencia de excepciones. La cual se pronuncia aquí porque el juez de la presente ejecución deriva sus poderes del decreto 1315 de 1936, orgánico de las atribuciones de los jueces de rentas y de ejecuciones fiscales.

— VII —

La siguiente es la última excepción. Se dice: en el otorgamiento de la escritura de hipoteca, número 462 de 25 de julio de 1933, de la notaría primera de Cali, se omitió pagar el impuesto de registro; en la escritura se lee: "no causa derechos fiscales". Contra toda ley, porque no hay disposición que exonere del pago de dicho impuesto. La falta de este pago acarrea la nulidad de tal escritura, de la hipoteca, y, consecuencialmente de la diligencia de registro, según lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 39 de 1890.

Se observa:

La alegación carece de fundamento. Existe un precepto que para el caso exoneraba del pago del impuesto de registro. Es el art. único del decreto 43 de 1905, que dice: "Los empleados de hacienda que manejen caudales de la nación, de los departamentos y de los municipios, que deben asegurar su administración con fianza, no causarán el derecho fiscal de Registro establecido en la ley 56 de 1904".

Fallo:

Siendo infundadas todas las excepciones propuestas, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Declárase inadmisibles las excepciones propuestas por el ejecutado señor Aldana. En consecuencia siga adelante la ejecución.

Condénase al ejecutado en las costas del incidente. Tásense.

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, Srio.

EXCEPCIONES.—ACTOS DE IMPERIO.—SU NATURALEZA JURIDICA

No habiéndose determinado por la autoridad competente la cantidad líquida que se deba sobre la base del producto bruto de las minas arrendadas al ejecutado conforme lo estipula la cláusula 6ª del contrato, es obvio que no puede proferirse mandamiento ejecutivo porque la cantidad que haya de deberse no se ha liquidado en la forma legal. Además, la liquidación hecha por el Gobierno por medio de las Resoluciones que en el fallo se citan, se ha verificado mediante un acto de imperio. Bien sabido es que tales actos no pueden tener eficacia sobre aquellas cuestiones que se regulan por el derecho privado. La Nación no puede, dentro de la órbita constitucional de nuestro régimen democrático y republicano, valerse de su potestad soberana para fijar o establecer, unilateralmente, una situación jurídica en su favor, vinculada a relaciones nacidas en virtud de contratos celebrados con el propio Estado, actuando ésta como sujeto de derecho privado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo veintiseis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

Da cuenta el informativo en el presente juicio ejecutivo de la Nación contra Manuel Uribe Afanador y Cesáreo Pulido, como antecedentes de este incidente de excepciones, de los siguientes hechos:

1º Que el 15 de junio de 1935 entre el Gobierno Nacional y el señor Manuel Uribe Afanador, con apoyo en el artículo 6º de la Ley 87 de 1925, celebróse un contrato provisional de arrendamiento de minas de oro situadas en el Municipio de Marmato, Departamento de Caldas, conocidas generalmente con el nombre de "Supía y Marmato". Este contrato consta en documento privado de fecha 15 de junio de 1935, y regía hasta la aprobación por el Congreso del contrato adjudicado en licitación pública el 22 de marzo de 1935, al señor Manuel Uribe Afanador, o en caso de improbación, hasta que el Gobierno lo declare terminado. (Folios 5 y 7 vto. del cuaderno número 1).

2º Que el señor Cesáreo Pulido, como fiador, se obligó a responder por las obligaciones estipuladas en dicho contrato a cargo del arrendatario señor Uribe Afanador. (Folio 8, ibidem). Esta fianza aparece legalmente otorgada en documento privado que obra a fol. 8 del cuaderno principal.

3º Que el Propio Gobierno Nacional, alegando la prevista improbación del Congreso, a que se acaba de hacer referencia, por medio de la Resolución número 110 bis de 25 de abril de 1938, declaró terminado el contrato provisional de arrendamiento precitado. (Folios 17 a 19 del mismo cuaderno).

4º Que el precio del arrendamiento fue estipulado en estos términos: "Sexto: El Contratista se obliga a pagar al Gobierno como canon mensual de arrendamiento una suma o cantidad equivalente al quince por ciento (15 por 100) del producto bruto de los metales obtenidos. Para los efectos de esta cláusula se entiende que hay producción desde el momento en que el Contratista obtenga o extraiga metales de los minas que recibe, en cualquier cantidad y por cualquier medio. El precio del arrendamiento podrá ser recibido por el Gobierno a su elección, en especie o en dinero, y deberá pagarse den-

tro de los primeros quince (15) días del mes siguiente al en que los metales se hayan explotado. En uno u otro caso, serán de cargo del Contratista todos los gastos que demande la entrega de la participación al Gobierno" (folio 6 vto., ibidem).

5º Que por medio de la Resolución número 1514 de 4 de octubre de 1939, el Gobierno Nacional resolvió:

"**Artículo primero**. Por medio del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales se hará efectiva a cargo de los señores Manuel Uribe Afanador y Cesáreo Pulido L. la obligación de pagar a la Nación la cantidad de **veintidós mil trescientos veinticuatro pesos** con cincuenta y seis centavos (22.324.56) y sus intereses legales desde la fecha en que la deuda se hizo exigible, suma que corresponde al canon de arrendamiento de las Minas de Supía y Marmato, en los meses de marzo a julio de 1938, conforme al contrato de 15 de junio de 1935.

"**Artículo segundo**. Por el Ministerio de la Economía Nacional se enviarán al Juzgado competente los documentos relacionados con la cobranza de que trata esta Resolución". (Folio 4, cuaderno número 1).

6º Habiéndose interpuesto el recurso de reposición contra la precitada resolución, mediante la resolución ejecutiva número 1184 de 26 de octubre de 1940, el Gobierno Nacional proveyó en sentido desfavorable al declarar que no era el caso de reponer la resolución recurrida. (Folio 26, cuaderno número 1).

7º Que con base en los documentos y resoluciones mencionados, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo del señor Manuel Uribe Afanador y de su fiador solidario, señor Cesáreo Pulido L., por la suma de $ 22.324.56 moneda legal, más sus intereses. (Folio 73, cuaderno Nº 1º).

8º Y que en tiempo hábil, los ejecutados promovieron un incidente de excepciones, motivo por el cual ha subido el negocio a esta Superioridad.

No observándose nulidad alguna, y estando agotada la tramitación correspondiente, se procede a decidir el pliego de excepciones.

Excepciones propuestas.

El doctor Federico A. Daza, apoderado de los señores Manuel Uribe Afanador y Cesáreo Pulido L., propuso las excepciones perentorias que alega y fundamenta en los siguientes hechos:

"Primero. Haber el Gobierno Nacional dado en arrendamiento a mi poderdante, doctor Manuel Uribe Afanador, las minas de oro de propiedad del Estado conocidas generalmente con el nombre de "Minas de Supía y Marmato", en los términos y de conformidad con el contrato que se hizo constar en el documento privado extendido con fecha quince de junio de mil novecientos treinta y cinco, que original obra en el presente juicio.

"Segundo. Haber dictado el Gobierno Nacional la Resolución número 1514, de fecha 4 de octubre de 1939, como consecuencia de ese contrato, para ordenar el cobro ejecutivo de la suma de $ 22.324.56, que es materia de la presente ejecución, sin que de la **existencia de la obligación** por esa cantidad de dinero, diera cuenta previa y fehaciente ninguno de los actos o documentos que tienen la consagración legal expresa de título ejecutivo. O en otros términos: sin que el doctor Manuel Uribe Afanador se hubiera declarado deudor de esa suma de dinero, por alguno de los medios legales de prueba de las obligaciones, o que por la autoridad judicial competente se le hubiera condenado, en la forma y vía legal, al pago u obligación de pagar la misma suma de dinero.

"Tercero. Haber ejecutado el Gobierno Nacional o la Nación, por intermedio del Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, a mis poderdantes con dichos contratos y resolución número 1514 de 1939, como título ejecutivo.

"Cuarto. Haberse hecho provenir la suma de dinero cuyo pago se persigue, de una **liquidación** practicada con base en las estipulaciones consignadas en la cláusula

Sexta del referido contrato, y no haberse acompañado a la demanda ejecutiva, el acto o documento justificativo o demostrativo de la existencia legal de tal liquidación, de manera que se desconoce no sólo si esa liquidación fue o no practicada, sino también si se hizo o no en la forma y vía legales.

"Quinto. No constar en la citada Resolución número 1514 de 1939, el monto del producto bruto de los metales obtenidos o extraídos por el doctor Uribe Afanador, durante cada uno de los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio de 1938, y no saberse, por lo mismo, si aquella suma de $ 22.324.56 corresponde en verdad numérico-legal al quince por ciento del producto bruto de los metales que se comprometió a pagar mi poderdante como precio mensual del arrendamiento de las minas, o sea si la obligación que se demanda **no está sujeta a discusión** y ser por tanto susceptible de ejecución forzada.

"Sexto. Haber el interventor nacional en las "Minas de Supía y Marmato" practicado, según lo dice sin respaldo alguno la mentada resolución número 1514 de 1939, la liquidación del canon de arrendamiento de esas minas, sin estar para ello autorizado por la convención, ni facultado por la ley.

"Séptimo. Ser evidente que del contrato en cuestión, tanto por su naturaleza y contenido como por su forma externa, no resulta por sí solo y a cargo de mis poderdantes una obligación clara, expresa, **líquida** y actualmente exigible, por estar sujeta a discusión y no estar reconocida en debida forma por mis mandantes, y haberse dictado con base en aquél no sólo la Resolución 1514 de 1939, sino también el auto ejecutivo.

"Octavo. Ser también evidente que la susodicha Resolución 1514 de 1939, por no versar **sobre multa**, y por no haber sido dictada en ejercicio del derecho de imperio, no es un documento de los que reconoce y menciona el ordinal 3º del art. 1059 del C. Judicial y que, por lo mismo, no ha podido ni puede fundarse en él el mandamiento ejecutivo".

Concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en representación de la entidad ejecutante, alega contra las pretensiones de los excepcionantes, el señor Uribe Afanador y su fiador solidario, en la siguiente forma:

"El excepcionante dice proponer las **'excepciones perentorias'** que se deducen jurídicamente de los **'hechos procesales'** relacionados en el respectivo escrito. Pero es lo cierto que ninguno de tales hechos es constitutivo de **excepción perentoria**, según paso a demostrarlo:

"Constituye excepción perentoria, dice el artículo 329, 'todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió'. De donde se desprende que quien alega una excepción perentoria debe necesariamente negar la existencia de la obligación, en todo o en parte, con fundamento jurídico en un hecho en cuya virtud la ley desconozca esa existencia o declare extinguido el vínculo si alguna vez existió.

"Si se examina detenidamente el libelo de excepciones se encontrarán sin lugar a duda que el excepcionante, o pretendido tal, no hace en parte alguna la afirmación perentoria de **no existir** la obligación que de él se demanda por no haber tenido jamás vida jurídica, o por haberse extinguido legalmente si alguna vez existió.

"El excepcionante, o pretendido tal, no hace sino impugnar el **mérito ejecutivo** de la prueba presentada por la parte demandante, a efecto de que sea desestimada en esta etapa procesal. En ningún pasaje de su demanda dice: no existe la deuda que se me cobra, por éste o por el otro hecho. No desconoce perentoriamente la existencia de la obligación en todo o en parte.

"Lo que está haciendo el excepcionante es no otra cosa que impugnar el mandamiento de pago librado sobre la base de una prueba calificada en su tiempo como título ejecutivo. Esa situación procesal se

hizo firme, por lo que hace a la calidad de la prueba, y no puede modificarse posteriormente sino alegando y probando un **hecho** de donde legalmente resulte la inexistencia total o parcial de la obligación. Lo contrario es ir claramente contra lo que, empleando un término jurídico novedoso, se ha llamado el sistema preclusivo del procedimiento civil".

Consideraciones de la Corte

La acción ejecutiva que instauró la Nación contra el señor Uribe Afanador y su fiador solidario, tiene su base en la cláusula sexta del contrato provisional de 15 de junio de 1935. De los términos de esta cláusula, inserta ya en todo su tenor, no se desprende directamente una obligación a cargo del arrendatario de pagar una suma determinada de dinero, pues aunque el canon es el 15 % de los metales obtenidos, la **cuantía** de tal canon está condicionada y sólo puede ser determinada al conocerse el producto bruto de esos metales, cuestión contingente e indeterminada. No existe en el contrato mismo una estipulación que permita al Estado arrendador fijar extrajuicio, por medio de liquidaciones o de intervenciones de funcionarios públicos, en forma unilateral, la cuantía del valor mensual del arrendamiento. Por tanto, no habiendo sido aceptada por el contratista la Resolución número 1514 de 4 de octubre de 1939, y su complementaria número 1184 de 26 de octubre de 1940, por medio de las cuales se deduce a cargo del señor Uribe Afanador un "crédito" a favor de la Nación, por concepto del canon de arrendamiento de los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio de 1938, ha surgido una verdadera controversia entre el Estado contratante y un particular, controversia que sólo puede desatar la justicia ordinaria. De ninguna manera, una sola de las partes, aunque ésta sea la Nación.

Es evidente que hay discusión, pugna u oposición sobre la aplicación o interpretación de la cláusula sexta del referido contrato, y acerca del saldo de arriendos sobre una base, no conocida en autos: el producto bruto de las minas en los meses de que se trata.

Un desacuerdo de esta clase, en negocios en que la Nación es parte contratante, da lugar a un litigio que debe resolverlo la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema, y mientras no se haya dictado el fallo que corresponda, no es procedente la acción ejecutiva para la efectividad de una obligación, que si bien podría existir jurídicamente, es prematura su exigibilidad, por cuanto no se ha determinado por la autoridad competente la cantidad líquida que se deba, a base del producto bruto de las minas arrendadas conforme lo estipula la cláusula 6ª del contrato.

La liquidación hecha por el Gobierno por medio de las resoluciones precitadas, se ha verificado mediante un acto de imperio. Bien sabido es que tales actos no pueden tener eficacia sobre aquellas cuestiones que se regulan por el derecho privado. La Nación no puede, dentro de la órbita constitucional de nuestro régimen democrático y republicano, valerse de su potestad soberana para fijar o establecer, unilateralmente, una situación jurídica en su favor, vinculada a relaciones nacidas en virtud de contratos celebrados con el propio Estado, actuando éste como sujeto de derecho privado.

Y en lo que respecta a la alegación del señor Procurador Delegado en lo Civil, relativa al verdadero objetivo de la parte excepcionante, la Sala observa, que las excepciones propuestas se encaminan no sólo a impugnar el mérito ejecutivo del título que sirve de recaudo, sino a obtener una declaración de inexistencia de la obligación, pues ésta no nace a la vida jurídica mientras no se pronuncie la sentencia que desate la controversia a que han dado lugar las relaciones jurídicas emanadas del contrato que sirve de base a esta acción y a la discrepancia que existe entre las partes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la Re-

pública de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA probadas las excepciones propuestas, y en consecuencia ordena cesar la ejecución y que se desembargue el bien raíz embargado en este juicio.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

REPETICION POR PAGO DE LO NO DEBIDO—IMPUESTO DE TIMBRE NACIONAL INTERESES DE MORA

El impuesto de timbre nacional que gravaba los dictámenes periciales en los juicios ordinarios de conformidad con el artículo 1º, ordinal 42, del Decreto Legislativo número 92 de 1932, fue suprimido por el artículo 33 de la ley 78 de 1935, disposición ésta que redujo el gravamen y lo limitó a los juicios sucesorios, y entró en vigencia desde mucho antes de iniciarse el juicio en que se emitió el dictamen pericial a que alude el proceso.

La exigibilidad de una obligación a cargo de la Nación y la mora para los fines de cobrar intereses, si a ello hubiera lugar, no tienen cabida sino desde el momento en que esa obligación se reconoce por sentencia ejecutoriada a cargo de la Nación y ésta se niega a efectuar el correspondiente pago.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo treinta de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

El señor Alvaro Corral Maldonado, como apoderado de María M. de Posada, Julio M. de Corral, Luis, José A., Jorge, Eduardo e Ignacio Maldonado H. y Arturo Posada, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que previos los trámites del juicio ordinario se declare:

"1º La Nación está obligada a devolver o restituír a mis mandantes especies de timbre nacional por valor de novecientos cuarenta pesos, bien en especies venales de $ 20.00 cada una; o en especies de otro valor; o igual suma de novecientos cuarenta pesos en dinero efectivo.

"2º La Nación está obligada a reconocer y pagar intereses de la referida cantidad de novecientos cuarenta pesos, desde el día 30 de abril de 1940, fecha en que el Ministerio de Hacienda se negó a reconocer la referida deuda, hasta el día en que se cumpla la primera petición, antes hecha".

Como hechos de la demanda se adujeron los siguientes:

"1º Mis mandantes siguieron, contra la Nación, un juicio de nulidad de un contrato por causa de lesión enorme en la venta de unos terrenos.

"2º Para representarlos en dicho juicio confirieron poder especial al Dr. Eduardo Zuleta Angel.

"3º Dentro de las pruebas practicadas por los actores, en el juicio a que se ha hecho referencia, se efectuó un avalúo pericial de los terrenos materia del contrato cuya nulidad se demandaba.

"4º El perito de los actores y el perito tercero, doctores Nicolás Liévano y Lucio Zuleta, respectivamente, avaluaron conjuntamente los terrenos materia del pleito en la suma de $ 940,000.00.

"5º El 31 de enero de 1939, la Corte Suprema por medio del Magistrado sustanciador dictó un auto por medio del cual previno a los actores que debían suministrar las estampillas para el avalúo.

"6º Al folio 107 del cuaderno número 4, pruebas de la parte actora, del juicio en referencia, y a continuación del avalúo pericial efectuado fueron anuladas por la Secretaría de la Corte cuarenta y siete (47) especies de timbre nacional de veite pesos cada una, o sea un total de novecientos cuarenta pesos en timbre, co-

rrespondiente al 1/00 del avalúo de $ 940.000.00.

"7º La devolución de la referida cantidad de $ 940.00 fue pedida al Ministerio de Hacienda, el cual se negó a ello por resolución de 30 de abril de 1940".

En derecho fundóse la acción instaurada en lo siguiente:

"El derecho, causa o razón de esta demanda se halla en los artículos 2313 y siguientes del Código Civil y demás disposiciones concordantes.

"Efectivamente, por medio del Decreto-Ley número 92 de 1932 se estableció en el numeral 42 del artículo 1º un impuesto de timbre sobre los avalúos judiciales o extrajudiciales, en los juicios de sucesión, ejecutivos, divisorios, etc., etc., de $ 1.00 por cada mil pesos o fracción.

"Dicho impuesto estuvo vigente, hasta que entró en vigencia la Ley 78 de 1935, en la cual por medio del artículo 33 se reformó el número 42 del artículo 1º del Decreto-Ley antes mencionado. En virtud de dicha reforma cesó la obligación de estampillar los avalúos excepto cuando se refieren a juicios de sucesión.

"La Corte al ordenar a los actores en el juicio seguido por mis mandantes contra la Nación, el suministro de las especies de timbre nacional para los avalúos impuso a los actores una carga a la cual no estaban obligados según la ley y de la cual se benefició el Tesoro Nacional.

"Al haberse anulado las especies venales, sin causa, se produjo un cuasi-contrato de pago de lo no debido entre la Nación y mis mandantes por la referida suma, ya que dicha anulación se efectuó el año de 1939, y la obligación no existía en dicha fecha ni como puramente natural.

"Para que sea restablecido el derecho y la equidad, la Nación está obligada a devolver igual cantidad de especies de timbre nacional, ya que no tiene causa para retener".

El Fiscal del citado Tribunal, en representación de la entidad demandada, contestó al libelo respectivo en esta forma:

"A los hechos respondo que ninguno de ellos me consta; y que, si bien respecto de algunos se han acompañado a la demanda copias documentales destinadas a su probanza, por no corresponder a la contraparte calificar la virtualidad de esas piezas, no puedo reconocerlos como ciertos con vista de esos elementos, hasta tanto que por la justicia se haga la ameritada calificación.

"Por no constarme los hechos fundamentales, me opongo a la demanda.

"En la oportunidad actuaria de esta primera instancia, expondré al Honorable Tribunal las demás razones legales de fondo que tengo para oponerme desde ahora a que por esa elevada Corporación se haga la primera de las declaraciones del libelo, en que se pide sea declarada la Nación como obligada a la restitución dicha; y desde luego o consecuencialmente, para no allanarme a que se haga la declaración segunda, relativa a intereses de mora; con relación a la cual milita, además, la causal de que no ha ocurrido, ni podría legalmente haber ocurrido, reconvención judicial a la Nación para el pago de lo principal, y sin ella, en armonía con lo previsto en los artículos 1608, ordinal 3º, y 1617, ordinal 1º, del Código Civil, no existe la mora, única fuente posible de los intereses que en la segunda de aquellas declaraciones se impetra".

El Tribunal de la causa terminó la instancia con fallo de fecha 10 de mayo de 1941, en el cual se condenó a la Nación a restituír a los demandantes la suma de $ 940.00, en especies de timbre nacional o en dinero efectivo; y negó lo que respecta al pago de intereses.

El representante legal de la Nación apeló de esta solución, y por tal motivo ha subido el negocio a esta Superioridad, donde se ha tramitado el asunto hasta su etapa de decisión definitiva; y no observándose causal de nulidad alguna, se procede a resolver la alzada.

Comprueba plenamente el expediente que en el juicio sobre rescisión de unos contratos por lesión enorme promovido por José A. Maldonado y otros contra la Nación, referentes a unos terrenos en el "Parque Nacional", a los folios 107 vuel-

to y 107 bis del cuaderno número 4 del respectivo expediente, aparecen 47 estampillas de Timbre Nacional por valor de $ 940.00, suma ésta que corresponde exactamente al uno por mil sobre el avalúo total de $ 940.000.00 en un dictamen pericial practicado en el referido juicio.

Que dichas estampillas fueron adheridas en virtud de auto de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de única Instancia, en que esta entidad, como juez de la causa, previene a la parte interesada que debía suministrar las estampillas del avalúo.

Considera la Corte:

El impuesto de timbre nacional que gravaba los dictámenes periciales en los juicios ordinarios de conformidad con el artículo 1º, ordinal 42, del Decreto Legislativo número 92 de 1932, fue suprimido por el artículo 33 de la Ley 78 de 1935, disposición ésta que redujo el gravamen y lo limitó a los juicios sucesorios, y entró en vigencia desde mucho antes de iniciarse el juicio en que se emitió el dictamen pericial en cuestión.

De manera que los demandantes, al cubrir ese impuesto que carecía de fundamento legal y de causa, pagaron a la Nación lo que no debían, y tienen, por tanto, derecho a repetir lo erróneamente pagado (artículo 2313 del Código Civil).

Indudablemente el pago indebido de tal impuesto se ocasionó por error tanto de hecho como de derecho, no sólo por parte de los contribuyentes, sino también del Tribunal que ordenó **prevenir** a la parte interesada sobre el suministro de las estampillas de que se trata.

Alegó el representante legal de la Nación en la primera instancia, que en el caso de autos se trata de una obligación natural cuyo pago, una vez efectuado, no puede ser objeto de repetición. Sobre este particular, la Corte acoge el siguiente concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, por considerarlo estrictamente jurídico:

"En cuanto a la cuestión de operarse en autos la figura jurídica de la **obligación natural**, aun el caso de considerarse que la enumeración del artículo 1527 del C. C. no es taxativa, no se ve cómo pueda estructurarse en el caso debatido tal noción: no se ve, por una parte, dónde encontrar en el pago efectuado la noción del **deber moral** o **de conciencia** que constriñe al deudor a efectuar una prestación dada (que, por otra parte, **no es una liberalidad**), fenómeno a que el Derecho reconoce ciertos efectos civiles; es, además, notorio, que en el pago referido falta el elemento esencial de su 'voluntariedad', falta que también desvirtúa los efectos de derecho que obran en el caso de la obligación natural cumplida".

En cuanto a la segunda súplica del libelo, relativa al pago de intereses de la suma pagada indebidamente, la Corte reproduce esta parte motiva del fallo del Tribunal **a quo**:

"Para resolver este tópico, no hay necesidad de entrar a estudiar la buena fe de parte de la entidad demandada al recibir el dinero valor de las especies que fueron indebidamente agregadas al dictamen pericial, porque basta considerar que la demanda no se refiere al cumplimiento de una obligación sino a pedir que dicha obligación sea declarada, es decir, éste es un juicio declarativo en el cual, como es obvio, se va a decidir si existe o no la obligación de restituír el valor de dichas especies y, es claro, que en esas condiciones, no hay lugar a la condena de intereses, aun cuando el Tribunal se pronuncie por la existencia de la obligación principal".

La exigibilidad de una obligación a cargo de la Nación — añade la Corte — y la mora para los fines de cobrar intereses, si a ello hubiera lugar, cabida no tienen sino desde el momento en que esa obligación se reconoce por sentencia ejecutoriada a cargo de la Nación y ésta se niegue a efectuar el correspondiente pago.

Por lo que queda 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 el fallo objeto de la presente alzada.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

SE REFORMA EL AUTO DE 29 DE OCTUBRE — INTERPRETACION DEL ARTICULO 7º DE LA LEY 160 DE 1936

Ni de la letra ni del espíritu de las disposiciones pertinentes, que regulan esta clase de negocios se infiere con certidumbre que el pretendido dueño de los terrenos a que se refiere un aviso de exploración de petróleo de propiedad particular esté excluído de intervenir directamente en la controversia que se ventila, en el juicio sumario, entre la Nación y el "interesado particular" de que habla el artículo 7º de la Ley 160 de 1936. Entiende la Sala que con la alusión a "interesado particular", la ley se refiere a quienes están interesados en el aviso; y ellos, son, de una parte, el que lo da, y de otra quien figura como dueño de los terrenos cuyo subsuelo se quiere explorar y a quien afectará principalmente el resultado del debate. De consiguiente, por el hecho de que la ley de petróleos no exija de modo esencial la presencia de este último interesado en el juicio no se debe entender que le veda hacerse presente directamente en éste, pues desde que él tiene interés en el pleito surge el correspondiente derecho de intervención, de acuerdo con las disposiciones generales de procedimiento, especialmente el artículo 233 del C. J.

Corte Suprema ds Justicia — Sala de Negocios Generales — Sala Dual — Bogotá, junio diez de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El doctor Benjamín Acosta Sánchez interpone el recurso de súplica contra el auto de fecha 29 de octubre último, pronunciado por el magistrado ponente en este negocio, y por medio del cual lo reconoció como apoderado de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, pero en cambio le negó el mismo carácter con relación a los propietarios de los terrenos a que se refiere el aviso de exploración. Tanto la Compañía como los referidos propietarios le dieron poder al doctor Acosta para que los represente en este juicio.

Se fundó el magistrado ,sustanciador para no admitir la intervención de los propietarios en que "según la ley 37 de 1931 en esta clase de juicios son partes la nación y el interesado particular en la exploración respectiva. La Compañía de Petróleos Shell de Colombia es interesada en la exploración que intenta efectuar; no quienes al parecer coinciden en su interés con el de dicha empresa y quienes por tanto se suponen representados por la persona avisante".

Para resolver se considera:

No comparte la mayoría de la sala el parecer del señor magistrado ponente.

Ni de la letra ni del espíritu de las disposiciones pertinentes, que regulan esta clase de negocios se infiere con certidumbre que el pretendido dueño de los terrenos a que se refiere un aviso de exploración de petróleo de propiedad particular, esté excluído de intervenir directamente en la controversia que se ventila, en el juicio sumario, entre la Nación y el "interesado particular", de que habla el artículo 7º de la ley 160 de 1936. Entiende la sala que con la alusión a "interesado particular", la ley se refiere a quienes es-

tán interesados en el aviso; y ellos son, de una parte, el que lo da; y de otra quien figura como dueño de los terrenos cuyo subsuelo se quiere explorar y a quien afectará principalmente el resultado del debate.

De consiguiente, por el hecho de que la ley de petróleos no exija de modo esencial la presencia de este último interesado en el juicio, no se debe entender que le veda hacerse presente directamente en éste, pues desde que él tiene interés en el pleito surge el correspondiente derecho de intervención, de acuerdo con las disposiciones generales de procedimiento que cita en su alegato ante la sala dual el señor apoderado doctor Acosta Sánchez, y especialmente del artículo 233 del código judicial.

Por lo relacionado la sala dual reforma el auto suplicado del ponente así:

Tiénese también al doctor Benjamín Acosta Sánchez como apoderado principal de los señores Ismael Caicedo A., Julia Caicedo A., Bernardina Encinales, en representación de sus menores hijos Luis Carlos e Inés Alina Encinales, Moisés Vargas, Miguel Angel Vargas A., Julio César Leal y José Joaquín Leal, en los términos y para los efectos del memorial poder que obra al folio 4 de este cuaderno. Asímismo tiénese como apoderados sustitutos de los mismos señores antes citados a los doctores Carlos Holguín y Jorge Pradilla Reyes.

Notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta — José M. Blanco Núñez — Manuel Pineda Garrido, Srio.

MULTAS IMPUESTAS POR ADMINISTRADORES O RECAUDADORES DE IMPUESTOS CON BASE EN EL DECRETO NUMERO 818 DE 1936

Ya ha dicho la Corte que es ilegal la imposición de multas con base en el Decreto número 818 de 1936, reglamentario de la ley 78 de 1935, la cual no contiene esa facultad, siendo, por tanto, ilegal e inconstitucional el Decreto mencionado.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

Con base en el reconocimento número 01237 del 2 de mayo de 1941 verificado por el Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá, se libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo de Juan B. Castaño R. por la suma de $ 1,720.80 y los respectivos intereses.

Notificado en legal forma este mandamiento de pago, el ejecutado propuso un pliego de excepciones, y por tal motivo ha subido el negocio a esta superioridad.

Agotado el trámite de rigor, se procede a resolver el incidente a que han dado lugar las excepciones propuestas, las cuales fueron denominadas de inexistencia parcial de la obligación, error de cuenta, incompetencia de jurisdicción y cobro indebido.

Tales medidas de defensa fueron alegadas en la siguiente forma:

"Fundo las anteriores excepciones en el hecho de que el reconocimiento en que se funda la ejecución, presta mérito ejecutivo solamente en lo que respecta a la cantidad de $ 1,520.80 que involucra la renta y patrimonio así: $ 281.60 por impuesto sobre la renta, y $ 1,239.20, por impuesto sobre patrimonio, lo que da un total de $ 1,520.80, no así en cuanto a la multa o sanción de $ 200.00 impuesta por el funcionario liquidador por la omisión de no llevar libros registrados en la Administración de Hacienda; sanción ésta por demás injusta, ya que no he sido ni soy comerciante, y que mis actividades se relacionan únicamente con el manejo de mis fincas, como lo demuestra mi propia declaración de renta....."

Según se desprende del texto transcrito del correspondiente pliego de excepciones, el hecho exceptivo que alega el ejecutado se limita a impugnar lo atinente a la multa de doscientos pesos que se le impuso por no llevar los libros de cuentas que ordena el artículo 30 del Decreto número 818 de 1936.

Sobre este particular ya la Corte se ha pronunciado en juicios de esta misma índole, y en los cuales se alegó la irregularidad de que adolece dicha disposición del decreto citado, en cuanto establece una obligación no contemplada en las leyes que regulan las contribuciones sobre la renta y patrimonio, siendo por ello infundadas las multas que con motivo de la transgresión de esa obligación, imponen los respectivos Administradores o Recaudadores de esos impuestos.

En efecto, la ley 78 de 1935 no previó ni prescribió la obligación de llevar libros de cuentas. El decreto número 818 de 1936, que ordena esa formalidad por vía de reglamentación, está en pugna con la ley que tiende a reglamentar y es, por tanto, no sólo ilegal, sino inconstitucional, porque en tales condiciones, el Ejecutivo se atribuye, sin fundamento en la ley, funciones que son de la privativa in-

cumbencia del Organo Legislativo del Poder Público.

Es, por consiguiente, el caso de reproducir aquí, lo ya expuesto en la providencia de esta Sala del dos del presente y en la cual se dijo lo siguiente:

"En cuanto a la multa impuesta al ejecutado por no llevar libros, la Corte estima que el excepcionante ha demostrado plenamente la ilegalidad de esa sanción.

En efecto, la multa se impuso con base en el decreto ejecutivo número 818 de 1936, reglamentario de la ley 78 de 1935. Empero, entre el estatuto legal y su decreto reglamentario se advierte una notoria contradicción proveniente de que en la precitada ley 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. Así las cosas, el ejecutado Rodríguez no puede ser obligado a pagar una multa impuesta con base en una disposición reglamentaria notoriamente ilegal. Debe por lo tanto declararse probada la respectiva excepción propuesta por la parte ejecutada.

"El Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre la ilegalidad del decreto ejecutivo en referencia, como puede verse de los siguientes apartes de la sentencia proferida por dicha entidad el día 7 de julio de 1940.

'No puede, por tanto, el Jefe del Estado, bajo pretexto de reglamentación, dictar normas nuevas, y así no puede establecer ni una pena ni un impuesto que no estén previstos en la ley ni exigir formalidades distintas a las establecidas por la ley. Al exigir el Decreto 818 de 1936 la formalidad, no prevista en la ley, de llevar libros y sancionar con multa la omisión, creó una contradicción entre la ley y su decreto reglamentario que, como es obvio, debe resolverse a favor de la primera, con base en claras normas sobre interpretación.

'En estas condiciones, es claro para el Consejo que los empleados encargados de liquidar el impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades no pueden imponer multas por la omisión de llevar los libros exigidos por el Decreto 818 tantas veces citado'. (Anales del Consejo de Estado, año XXII, números 293 a 295, página 557".

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, DECLARA probada la excepción consistente en que es inaplicable la multa que por la cantidad de doscientos pesos se le impuso al señor Juan B. Castaño por no llevar libros, con ocasión de la liquidación de los impuestos sobre la renta y patrimonio.

Por tanto, se ordena seguir la ejecución, excluyendo dicha suma de doscientos pesos.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—José M. Blanco Núñez— Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

REIVINDICACION.— PERJUICIOS.

Tanto por expresas normas de derecho privado como porque así lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte, no son reivindicables las porciones o fajas de terrenos que hacen parte integrante de una obra y de un servicio públicos, es decir, que han pasado a ser de uso público. 2.—Las demandas sobre reparación de daños y perjuicios causados por órdenes o providencias de autoridades administrativas correspondía fallarlas y corresponde hoy a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la ley 38 de 1918 y 261 y 262 del nuevo Código Contencioso Administrativo que entró en vigencia el 1º de abril del presente año de 1942.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecietnos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

El señor Tiberio Duque, como apoderado del señor Emiliano González, demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales al Departamento de Caldas, representado por el respectivo Fiscal de dicho Tribunal, para que previos los trámites del juicio ordinario se resuelva en sentencia firme lo siguiente:

"a) Que el señor Emiliano González, mayor de edad y vecino de Santa Rosa, es dueño en propiedad y dominio de una faja de solar de diez y ocho varas de larga por diez metros de ancha, delimitada así: Por el lado Norte, con predio de Emiliano González; por el costado Sur, con predio del mismo Emiliano González; por su extremo Oriental, con el resto de la carrilera del Ferrocarril de Caldas, y que fue de Julia Medina de Pizarro, y por su extremo Occidental, también con la carrilera del Ferrocarril, y que antes era de propiedad de Ramón Marín. Faja ésta que hace parte del predio comprado a la Diócesis de Manizales, por escritura número 308 de 1º de septiembre de 1937, de la Notaría de Chinchiná, registrada en la Oficina de Registro de Manizales, libro 1º, Tomo 3º, Folios 206, Partida 287, con fecha 16 del mismo septiembre, y predio en general situado en el poblado de Chinchiná, marcada en su puerta de entrada con el número 455, de diez y ocho varas de frente a la carrera 6ª, antes la Paz, por cincuenta varas de centro, inmueble que se encuentra en la manzana encerrada por las carreras 6ª y 7ª y las calles 5ª y 6ª, alinderada en general así: Por el Norte, que es el frente, con la carrera 6ª; por el Sur, con predio que es o fue de Ricardo Cuartas; por el Oriente, con propiedad de la señora Julia Medina de Pizarro, y por el Occidente con propiedad de los herederos del señor Ramón Marín V. b) Que se declare que la mencionada faja de solar de diez y ocho varas de larga por diez metros de ancha, no está poseída materialmente por mi instituyente Emiliano González, y sí está poseída por el Gobierno del Departamento de Caldas, con parte de la carrilera del Ferrocarril de Caldas. c) Que se condene al Gobierno del Departamento de Caldas a restituír la mencionada faja de solar de diez y ocho varas de larga, por diez metros de ancha, a Emiliano González, en el término que el Tribunal le señale, son si frutos (sic) naturales y civiles, desde la fecha en que la ocupó con los rieles del Ferrocarril de

Caldas. d) Que se condene al Gobierno del Departamento de Caldas a pagar a Emiliano González los perjucios por haber dividido el solar, ocupando esa faja, y haciendo excavaciones que desfiguraron la topogràfía natural del terreno".

Como hechos fundamentales de la demanda se expusieron los siguientes:

"1º Por escritura pública número 308 de 1º de septiembre de 1937, de la Notaría de Chinchiná, mi instituyente Emiliano González, compró a la Diócesis de Manizales, una casa de habitación de dos pisos, con su correspondiente solar, situada en el poblado de Chinchiná, marcada en su puerta de entrada con el número 455, constante dicha casa y solar de diez y ocho varas de frente a la carrera 6ª —antes la Paz— por cincuenta varas de centro, atravesado este centro con la zona del Ferrocarril de Caldas, inmueble que se encuentra en la manzana encerrada por las carreras 6ª y 7ª y las calles 5ª y 6ª. alinderados casa y solar así: .....(los linderos ya mencionados). Esta escritura fue registrada en Manizales, Oficina de Registro,..... (A continuación enumera la demanda una serie de escrituras traslaticias de domino que se remontan al año de 1925).

"2º Por los años de 1924 a 1927, el Gobierno del Departamento de Caldas tomó con destino a la carrilera del Ferrocarril de Caldas, una faja de terreno del predio que Emiliano González hubo de la Diócesis de Manizales, por la escritura número 308 de 1º de septiembre de 1937, y de que se habló en el numeral anterior, faja que atraviesa el solar en su centro, de Oriente a Occidente, faja de solar de diez y ocho varas de larga, por diez metros de ancha, y que linda..... (los linderos ya indicados). El Gobierno construyó en esa zona de diez y ocho varas de larga por diez metros de ancha, parte de la carrilera del Ferrocarril de Caldas, sin que hubiese mediado expropiación, ni mucho menos adquisición por medio de instrumento público, de quien era dueño del predio. Esto indica, que respecto de la faja cuestionada el Departamento de Caldas carece de título de propiedad.

"3º La faja que ocupó el Departamento de Caldas con parte de los rieles para el Ferrocarril, dividió el solar en dos partes, quedando una hacia el sur y la otra hacia el Norte. Con esto se causó un perjuicio al propietario e hizo desmerecer de su valor el inmueble.

"4º A mi instituyente Emiliano González se le transfirió la propiedad sin reservas ni exclusiones, aun cuando se anotó que el centro estaba atravesado con la zona del Ferrocarril de Caldas, la cual no ha sido pagada. Por eso, en la venta se comprendió esa zona, ya que se alindera el terreno tal como lo hubo su primitivo dueño el señor Emilio Correa.

"5º Al señor Gobernador del Departamento y al señor Secretario de Obras Públicas les hizo una nota el señor Emiliano González, reclamándoles el pago de esa faja, y que él se allanaba a hacer la escritura a la Entidad Departamental. Eso hace más de un año, y hasta ahora no se ha logrado contestación.

"6º Mi instituyente Emiliano González tiene derecho a reivindicar la faja de solar de diez y ocho varas de larga por diez metros de ancha, por ser parte integrante de la propiedad comprada por la Diócesis de Manizales, según la escritura número 308 de 1º de septiembre de 1937".

En derecho se basó la demanda en el Título XII del libro II del Código Civil.

Admitida la demanda por el Tribunal de la causa, el representante de la entidad demandada, se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas por el demandante, y al mismo tiempo alegó las excepciones de ilegitimidad sustantiva en la parte actora, carencia de acción o derecho, prescripción antes de tiempo o de un modo indebido, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la exstencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió.

Finalizó la instancia con fallo del Tribunal mencionado, en que se declara probada la excepción perentoria de petición de modo indebido que encontró demostra-

da en el juicio, y en que absuelve al departamento de Caldas de todos los cargos que fueron formulados en la demanda respectiva.

Por apelación de este proveído ha subido el negocio a esta superioridad, la cual procede a resolver el recurso, agotada como se encuentra la tramitación correspondiente.

Considera la Corte:

Como claramente se desprende del texto de la demanda, el actor trata de reivindicar una faja de terreno que ocupa la carrilera del Ferrocarril de Caldas — hecho éste que resulta comprobado en el proceso — y pretende también alcanzar una indemnización por daños en su propiedad ocasionados con motivo de trabajos en obras públicas y vías de comunicación.

En relación con la acción de dominio incoada por el demandante, bien sabido es que — tanto por expresas normas de derecho privado como porque así lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte— no son reivindicables las porciones o fajas de terrenos que hacen parte integrante de una obra y de un servicio públicos, es decir, que han pasado a ser de uso público.

La improcedencia de tal acción resulta evidente al considerar la imposibilidad física y legal de ejercer actos de posesión civil sobre ese bien del dominio público del Departamento de Caldas, por haberse incorporado la faja o zona del litigio en ese patrimonio del Departamento mediante un acto verificado con fines de utilidad pública — la construcción del Ferrocarril de Caldas.

Sobre este aspecto especial de la presente litis, véanse las siguientes sentencias de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia: fallo del 26 de marzo de 1942 en el ordinario de Arcesio Jaramillo A. contra la Nación, y fallo del 26 de septiembre de 1940 publicado en la **Gaceta Judicial**, número 1961, página 253.

Respecto a la indemnización de perjuicios que pretende el actor por causa de haberse dividido el solar que dice haber comprado a la Diócesis de Manizales, con la ocupación de la faja que trató de reivindicar y con las excavaciones que — según el mismo demandante afirma — desfiguraron la topografía natural del terreno, la ley 38 de 1918, en sus artículos 1º y 2º, acerca de las expropiaciones y de los daños en propiedad ajena, por órdenes o providencias administrativas nacionales — fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución — establecía la competencia del Consejo de Estado para deducir responsabilidad a la Nación por tales expropiaciones y tales daños cuando redundaran en provecho de ésta; y en su artículo 7º daba tal competencia a los Tribunales Administrativos S e c c i onales, cuando fueran los Departamentos y los Municipios los que se hayan aprovechado de la propiedad particular.

De conformidad con estos textos legales, vigentes al tiempo de instaurarse la acción de perjuicios de que se trata, no es de la competencia y jurisdicción de la justicia ordinaria, el dictar sentencia condenatoria en el sentido que pretende el demandante, lo cual incumbe a la justicia contencioso administrativa, que, por otra parte, sigue conociendo de tales asuntos, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 261 y 262 del nuevo código contencioso administrativo que entró en vigencia el 1º de abril del presente año.

Sobre este particular bueno es recordar el siguiente párrafo de la providencia del 26 de marzo último:

"También conviene notar que de ninguna manera debe entenderse que es una facultad que el Estado puede ejercer sin discreción ni como sistema, la que él, en ocasiones, puede tener por vía de excepción, y de excepción de muy rara ocurrencia, para ocupar o usar, temporal o definitivamente, la propiedad privada, prescindiendo de las formalidades de un juicio de expropiación, que es la regla general. Cuando tal cosa ocurre, se debe tratar de obras públicas, cuya urgencia, importancia y necesidad manifiestas, determinan esa actividad excepcional de parte del Estado, en orden a un fin de utilidad gene-

ral o de interés público, ante el cual debe ceder el interés privado del propietario, quien no sólo no pierde, sino que conserva intacto su derecho a ser cumplidamente indemnizado por el menoscabo patrimonial que esa ocupación de hecho por parte del Estado le hubiese ocasionado.

"Los artículos pertinentes de las leyes 38 de 1918 y 167 de 1941, confirman esta doctrina y esta norma, que son, por otra parte, fieles trasuntos de los principios constitucionales que tutelan y garantizan el derecho de propiedad'.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA el fallo apelado y en su lugar dispone:

1º Es improcedente la acción de dominio entablada por el señor Emiliano González;

2º No es de la competencia de la justicia ordinaria hacer la declaración sobre perjuicios de que trata el libelo.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

ACCIONES SOBRE REPARACION POR DAÑOS O PERJUICIOS DERIVADOS DE ACTOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

La ley 167 de 1941, 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 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 auto 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 2º, 67 y 69), 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).

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio treinta de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Rafael Bernal Medina promovió ante el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá demanda civil ordinaria contra el departamento de Cundinamarca, para que previos los trámites correspondientes se le condene a pagarle al demandante los perjuicios que éste sufrió por causa del decreto número 49 de 20 de enero de 1936, dictado por la gobernación y en virtud del cual, siendo titular de la escuela número 2 del grupo XXI de varones de los Barrios Unidos del Sur de Bogotá, y jefe de dicho grupo, se le trasladó a la escuela urbana de varones de Anapoima, vulnerándole así la categoría que había adquirido dentro del magisterio.

El señor fiscal del tribunal, a quien se le corrió traslado de la demanda, en nom-

bre del departamento, la contestó, oponiéndose a las pretensiones del actor.

Surtida la totalidad de la tramitación de primera instancia, el tribunal falló el pleito en sentencia del doce de diciembre de 1940, condenando a la entidad demandada a pagarle al demandante la cantidad de mil trescientos noventa y cinco pesos ($ 1,395.00) "a título de indemnización por el daño material o pecuniario que le ocasionó al dictar el Decreto número 49 de veinte de enero de 1936". Y absolvió en lo tocante a la indemnización por daños morales.

Ambas partes apelaron del fallo anterior. Por tanto fueron remitidos los autos a la Corte, donde están para recibir la sentencia de segunda instancia.

CAPITULO I

Cuestión de hecho

En la demanda están pormenorizados los hechos que sustentan la acción, y en el curso del juicio demostrados según aparece de lo siguiente:

1º Por Decreto número 52 de 17 de enero de 1934, el señor Gobernador de Cundinamarca nombró al señor Rafael Bernal, en reemplazo del señor Emilio Rico, para director de la escuela rural municipal de varones del barrio Olaya Herrera de esta ciudad (Gaceta de Cundinamarca número 5138 de 30 de enero de 1934). El 20 de los mismos tomó posesión legal del cargo ante el alcalde de Bogotá (fl. 15 v., cuaderno 2º)

2º Por decreto número 580 de 6 de julio de 1935, designó al señor Rafael Bernal Medina como director de la escuela número 2 del grupo XXI de varones de Bogotá (Gaceta de Cundinamarca número 5318 de 14 de agosto de 1935). Al frente de esta escuela estuvo el señor Bernal en los años de 1934 y 1935, durante todo el año escolar (Certificación de la Dirección de Educación Departamental, fls. 19 y 20 del cuaderno número 2).

3º Por decreto número 49 de 20 de enero de 1936, lo nombró interinamente para director de la escuela urbana de varones de Anapoima, en reemplazo del señor Salvador Baquero, trasladándolo de la escuela de Bogotá ya indicada (Gaceta de Cundinamarca número 5378 de 3 de febrero de 1936).

El señor Bernal Medina tomó posesión de este último cargo en la alcaldía municipal de Anapoima el día veintiuno (21) de enero de mil novecientos treinta y seis (1936). (Copia del acta de posesión, folios 13 vuelto y 14 del C. Nº 2). La Dirección de Educación del Departamento, certifica (fl. 19 vuelto): "2º Que el señor Bernal regentó en el año de 1936 la escuela urbana de varones de Anapoima y que en 1937, 1938 y 1939 no ha servido en el ramo de educación". El demandante reconoce como cierto el hecho de la posesión ante el alcalde Anapoima, pero niega que desempeñara el cargo (ordinal 6º de los hechos de libelo). El Tesorero del departamento certifica (fl. 6 v. del c. Nº 2) que la última nómina que pagó al señor Bernal Medina fue la correspondiente al mes de enero de 1936, y el mismo Gobernador certifica (fl. 23) que en verdad el señor Bernal Medina no ejerció el cargo de maestro de Anapoima. Por consiguiente, no desempeñó empleo departamental durante los años de 1936, 1937, 1938, hasta el 31 de enero de 1939, lapso a que se contrae la petición fundamental de la demanda.

4º El Consejo de Estado, en sentencia fechada el veintisiete (27) de abril de mil novecientos treinta y siete (1937), revocó la sentencia del tribunal contencioso administrativo de Bogotá, de fecha ocho de octubre de 1936, y en su lugar declaró la nulidad del decreto número 49 de 1936, en la parte pertinente que dice: "Anapoima. — Urbana de varones, señor Rafael Bernal Medina, en reemplazo del señor Salvador Baquero, que pasa a otra escuela, y por traslado que se le hace de una de las escuelas urbanas de Bogotá" (copias de fls. 1, 2 y 3 del cuaderno número 1, adjuntas a la demanda).

5º Aparece que por medio de oficio número 207, fechado el 25 de junio de 1937,

el señor Secretario del tribunal administrativo de Bogotá, transcribió al señor gobernador del departamento las resoluciones de primera y segunda instancia, recaídas dentro del juicio contencioso administrativo sobre nulidad del referido decreto número 49 de 1936. (Copia del fl. 8, cuaderno número 2). La Gobernación recibió esta comunicación, puesto que de ella expidió la copia que forma el folio 22 del cuaderno número 2º, a petición del tribunal.

6º El gobernador de Cundinamarca se abstuvo de cumplir la sentencia memorada del Consejo de Estado, arguyendo que el Decreto número 2683 de 1936 prohibe en su artículo 3º hacer nombramientos a maestros que no sean inscritos en el Escalafón Nacional.

CAPITULO II

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 29 de marzo de 1941, publicada en la **Gaceta Judicial** números 1973 y 1974, tomo LI, página 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 en el caso actual es distinto. Dentro del juicio contencioso administrativo correspondiente, el demandante señor Bernal Medina no ejerció 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 4º 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 cómo deba restablecerse el derecho violado, si fuere el caso, y SIEMPRE QUE ASI SE HAYA SÓLICITADO".

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 fatal del agotamiento de toda reparación. Porque ese 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, como quiera 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 ofrecía 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 4º 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 al 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, departamentamentales o nacionales, según las leyes de competencia establecidas en el nuevo código (artículos 34, numeral 10, 51, 54 numeral 2º, 67 y 69), 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 contenciosos 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 ejercitó después, bajo la vigencia del artículo 4º 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** número 1961, 1962 y 1963, tomo L, pág. 236, donde se dijo: "Aunque el artículo 4º 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 jurisdición para conocer de esos asuntos cuando la demanda ha sido instaurada antes de la vigencia de aquella ley".

Descartando 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.

CAPITULO III

La existencia de perjuicios

Corresponde a la jerarquía judicial administrativa decidir con fuerza de cosa juzgada acerca de la legalidad de los actos de la administración que ante ella acusen los ciudadanos como atentatorios de los respectivos reglamentos o de sus derechos civiles, el fallo que dicte esta jerarquía anulando un decreto de nombramiento o remoción de un empleado público, tiene caracteres irrevocables ante la justicia ordinaria, a la cual sólo le compete, o más propiamente le competía, de acuerdo con las normas anteriores, determinar la existencia del daño y su extensión.

El fallo de lo contencioso, por sí solo le da sólido fundamento a la acción, ya que resulta plenamente comprobado que la gobernación de Cundinamarca cometió un acto ilegal y lesivo de los derechos del señor Bernal Medina, trasladándolo del cargo de maestro de escuela de Bogotá al cargo de maestro de escuela en Anapoima, degradándolo arbitraria e injustamente contra lo que prescribían los respectivos reglamentos que le daban al señor Bernal determinada posición dentro del magisterio, que resultó desconocida por la gobernación. Esta la base y el razonamiento de la sentencia del Consejo de Estado. Hay allí por ende un daño ocasionado por la gestión del departamento, imputable a la misma entidad y que ella está obligada a reparar.

Sobre el alcance efectivo de ese daño en el terreno práctico y concreto de los hechos, dice con todo acierto la sala sentenciadora del tribunal lo siguiente que la Corte acoge:

"El Decreto número 49 de 20 de enero de 1936 de la Gobernación de Cundinamarca fue declarado ilegal y anulado por el órgano contencioso administrativo en cuanto el nombramiento para la escuela de Anapoima implicaba una "desmejora" del maestro señor Bernal Medina. Tal desmejora se aprecia comparando el sueldo que devengaba en Bogotá, o sea la cantidad de noventa pesos ($ 90.00) mensuales, con la cantidad que habría de ganar en Anapoima, es decir, la suma de sesenta pesos ($ 60.00) mensuales. La diferencia de treinta pesos ($ 30.00) mensuales constituye pues, el daño que voluntaria y directamente le causó al querellante el acto ilegal de la Administración pública de Cundinamarca. Este hubiera sido el único perjuicio patrimonial cierto derivado del decreto de trashumancia, si el señor Bernal Medina hubiera ejercido el cargo de maestro de Anapoima, mientras la Gobernación lo restablecía en su primitivo puesto, como ocurrió después. Pero como no sucedió así sino que abandonó el puesto en Anapoima alegando la injusta desmejora en que lo colocaba el decreto, y como la justicia contenciosa le dio la razón en fallo que aquí debe acatarse, es innegable entonces que el monto del perjuicio material derivado para el demandante del aludido decreto asciende a la cantidad de noventa pesos mensuales ($ 90.00), a contar de la fecha del referido decreto en adelante".

CAPITULO IV

La cuantía de los perjuicios

Los peritos que intervinieron en este negocio y avaluaron los perjuicios que recibió el señor Bernal Medina, estuvieron acordes en justipreciarlos en la cantidad de $ 5,250.40, descompuestos en las siguientes partidas: $ 3,240.00 valor de los sueldos que dejó de devengar el señor Bernal, a $ 90.00 mensuales entre el primero de febrero de 1936 y el 31 de enero de 1939; $ 210.40, valor de los gastos hechos por el demandante en el juicio que siguió ante el tribunal administrativo de Bogotá y el Consejo de Estado con el fin de obtener la anulación del decreto que lo promovió a la escuela de Anapoima; y $ 1,800 valor del daño moral.

La mayoría de la sala de decisión del tribunal acordó por perjuicios la cantidad de $ 1,395 valor de los sueldos del actor, a noventa pesos mensuales a partir del 20 de enero de 1936 hasta el 5 de mayo de 1937; y descartó la partida por perjuicios morales debido a que ella estimó que en el presente caso ni se habían invocado ni existían. En consecuencia el fallo decretó los perjuicios de acuerdo con la apreciación anterior.

Uno de los magistrados salvó su voto en este particular fundado en que los perjuicios materiales debían comprender tiempo mayor del sustentado por la mayoría y reconocido en el fallo, y en que el demandante Bernal había invocado en la demanda los hechos determinantes del perjuicio moral que se le había inferido con la injusta destitución de que había sido objeto.

En lo tocante a este punto concreto de los perjuicios la Corte considera:

En síntesis, la mayoría sentenciadora del tribunal sostiene que la indemnización por sueldos dejados de devengar no puede ir más allá del 5 de mayo de 1937, día en que entró en vigencia el artículo 3º de la ley 2ª de 1937. Como este artículo ordenó que "sólo podrán ser nombrados maestros de escuela aquellos que figuren en el escalafón nacional", en la sentencia se sostiene que por virtud de él la gobernación estaba en imposibilidad de cumplir la sentencia del Consejo de Estado, porque cuando ésta le fue comunicada (25 de junio de 1937) ya estaba en vigencia el citado artículo.

"Ante disposición tan explícita — dice la sentencia — se argumenta diciendo que el escalafón nacional solamente quedó for-

mado el primero de diciembre de 1937, según lo certifica la misma Dirección de Educación Pública de Cundinamarca en documento que obra traído en forma legal a esta causa (fl. 19 del cuaderno 2º). Pero este documento también acredita que desde el 21 de diciembre de 1936 comenzaron los exámenes para formar el escalafón nacional y los autos no demuestran que entonces ni después el señor Bernal Medina haya cumplido con el deber legal de inscribirse, por lo cual probablemente para él nunca llegará el tiempo de satisfacer ese requisito legal que lo incapacita para ser maestro de escuela, conforme a la reforma legal que se deja estudiada. Además, es sabido que el Ministerio de Educación Nacional hizo esa calificación de los maestros por medio de la Resolución número 99 de 10 de marzo de 1937, antes del 5 de mayo indicado. Y dando de barato que la demora en la formación del escalafón nacional de maestros hasta el 21 de diciembre de 1937 impidiera a la gobernación del Departamento cumplir la reforma legal hasta esa fecha, ello no favorece al demandante por la razón apuntada de que él no figura en ese escalafón, pero ni siquiera consta que haya dado los pasos conducentes para obtener su puesto allí".

Para la Corte las pruebas que se allegaron a la primera instancia, con otras muy importantes que ante ella se trajeron en la segunda instancia, desvirtúan las apreciaciones de la sentencia e inducen a concluír que ésta limitó, contra la realidad, la extensión de la indemnización a que es acreedor el demandante.

En efecto. Es cierto que primero el decreto 2263 de 10 de septiembre de 1936 y luégo el artículo citado de la ley 2ª de 1937, ordenaron que para formar parte del magisterio activo colombiano es indispensable estar inscrito en el escalafón nacional. Disposiciones ambas que estaban en plena vigencia cuando el Consejo de Estado profirió su sentencia.

Pero también acreditóse en la primera instancia con la certificación del director de educación pública de Cundinamarca "que la fecha en que comenzaron los exámenes para formar el escalafón nacional fue el 21 de diciembre de 1936", y que "la fecha en que quedó formado el escalafón de maestros y en que comenzó a tenerse en cuenta (se subraya) para nombramientos de maestros fue el 1º de diciembre de 1937".

De manera que si apenas en diciembre de 1937 comenzó a tenerse en cuenta el escalafón de maestros, es prueba de que cuando el Consejo de Estado comunicó su fallo de nulidad a la gobernación de Cundinamarca, el 25 de junio anterior, en realidad no había obstáculo legal que se opusiera al cumplimiento de ese fallo, pues las disposiciones sobre el escalafón de maestros presuponían que éste estuviera formado, es decir, que la previsión del legislador estuviera cumplida con la formación de la nómima de los integrantes de la carrera del magisterio.

Por manera que mientras aquella nómina estuviera apenas en proceso de formación en realidad no había obstáculo práctico al cumplimiento de la sentencia del Consejo de Estado sobre restitución de su cargo al señor Bernal, a quien con la restitución se le ponía precisamente en camino de ingresar en el escalafón, como con gran demora, que el departamento debe indemnizar, púsosele posteriormente.

Y que las disposiciones sobre el escalafón de maestros, citadas por el tribunal, no eran óbice para el nombramiento de maestros no escalafonados, pruébalo superabundantemente el punto 6º del certificado del director departamental de educación pública, allegado en la segunda instancia (fl. 19, cuaderno número 6), que dice: "6º Que la dirección de educación pública de Cundinamarca ha nombrado en los años de 1937, 1938, 1939, 1940 y 1941, directores de escuelas urbanas que a la época del nombramiento no figuraban en el escalafón nacional del magisterio".

Luego si la dirección de educación pública de Cundinamarca conceptuaba que no obstante la ley 2ª de 1937, podía nombrar maestros que no figuraban en el escalafón, probablemente porque éste ape-

nas estaba en vía de formación, es inexplicable que usara de criterio distinto y excepcional con respecto a la restitución del señor Bernal Medina, ordenada por una sentencia del Consejo de Estado, ante la cual ha debido inclinarse para cumplirla, en lugar de excusar su cumplimiento con pretextos ilegales, que no tuvo en cuenta para otros nombramientos, con cuyo procedimiento prolongó la mora del departamento y aumentó la cuantía de las indemnizaciones debidas al señor Bernal Medina.

La renuencia de la gobernación a cumplir la sentencia de los tribunales administrativos, terminó el 5 de febrero de 1940, mediante el decreto número 99 de esa fecha, en que se nombró al señor Bernal Medina director de la escuela de varones grupo 33, grado 1º, del municipio de Bogotá, proporcionándole así también a dicho señor la oportunidad de aspirar a ingresar al escalafón del magiterio nacional, ya que según también lo informa la gobernación — punto 5º del certificado premencionado — "para levantar la ficha de maestro de que trata el decreto número 1602 de fecha 6 de julio de 1936 del presidente de la república, es indispensable que éstos sean maestros en ejercicio (no menos de un año de servicio), y tan sólo se ha hecho a los empleados arriba citados".

De consiguiente los perjuicios reparables a cargo del departamento deben extenderse al tiempo en que se cobran. Este lapso comprende, según el libelo de demanda, del primero de febrero del año de 1936 al 31 de enero de 1939. Adoptando el criterio de los peritos, acogido por el tribunal el perjuicio está representado por el valor de los sueldos que el demandante dejó de devengar a razón de noventa pesos ($ 90.00) mensuales. En total los perjuicios valen pues $ 3.240.00.

Para la Corte no hay otra fuente de indemnización. Los gastos que el señor Bernal Medina tuvo que hacer para obtener ante los tribunales administivos la nulidad del decreto que le desconoció sus derechos, son costas judiciales. Condenar al departamento en ellas sería desconocer la disposición legal de carácter general en virtud de la cual las entidades de derecho público no pueden ser condenadas a esa clase de prestaciones.

Y por lo tocante a los perjuicios morales, en el presente caso ellos carecen de entidad propia, independiente de los daños que recibió el demandante. El daño moral consistiría en la desmejora que recibió al ser trasladado de Bogotá a Anapoima y en la consiguiente suspensión de su carrera. Pero la desmejora se traduce en quebranto patrimonial. Y la interrupción de la carrera también se traduce en realidades económicas, de más o menos magnitud de acuerdo con el tiempo de la interrupción y las perspectivas de estabilidad y mejoramiento que se hubieran hecho perder. La desmejora que sufrió el demandante Bernal fue temporal; con la restitución en el cargo obtuvo también plaza en el escalafón; así lo informa el ministerio de educación en el certificado del fl. 13, cuaderno número 6: "Que el señor Rafael Bernal Medina aparece inscrito en segunda categoría del nuevo escalafón según resolución número 17 de 20 de enero de 1941".

CAPITULO V

Sentencia.

A mérito de lo expuesto, la sala de negocios generales de la corte suprema de justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, REFORMA la sentencia apelada en este negocio dictada por el tribunal superior de Bogotá el 12 de diciembre del año de 1940 así:

Condénase a la persona jurídica de derecho público denominada "departamento de Cundinamarca" a pagar al señor Rafael Bernal Medina, inmediatamente después de que quede ejecutoriado este fallo, la cantidad de TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS ($ 3.240.00) moneda corriente, a título de indemnización por los daños que le ocasionó al dictar la

gobernación el decreto número 49 de veinte de enero de 1936, anulado por el consejo de estado.

Confírmanse los numerales 2º y 3º de la parte resolutiva de dicha sentencia.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—José M. Blanco Núñez. — Arturo Tapias Pilonieta. — Hernando García Pachón, Of. mayor.

DEMANDA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Los tribunales de la justicia ordinaria están absolutamente inhibidos para desconocer los fueros de la cosa juzgada que en sí llevan las sentencias definitivas de los tribunales de lo contencioso-administrativo, en virtud de mandato expreso del artículo 93 de la ley 130 de 1913, que dice que "las sentencias definitivas y ejecutoriadas de los tribunales de lo contencioso-administrativo son obligatorias y no están sujetas a revisión *por parte de la justicia ordinaria*. Esta norma no la contradicen los artículos 37 y 76 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio veintiocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

Por apelación interpuesta por el capitán Miguel Pinzón Ferrer contra la sentencia absolutoria pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha 30 de mayo de 1941 (cuaderno número 1, folios 82 a 98), ha llegado este juicio a la Corte, donde después de surtirse todos los trámites de rigor, se pasa a decidirlo previas las consideraciones que en seguida se expresan.

PARTE PRIMERA

Antecedentes

En síntesis, los antecedentes de la presente controversia, son, en su mayor parte, los que se mencionan en la siguiente resolución del Ministerio de Guerra, número 1195 de 14 de diciembre de 1937 que figura a folios 36 a 45 del cuaderno número 3:

"El doctor Alberto Vergara Puertas, como apoderado especial del señor capitán Miguel Pinzón, por memorial de 4 de mayo último, solicita del Ministerio lo siguiente:

"a) Que se expida la hoja de servicios militares del mencionado capitán; y

"b) Que en dicha hoja de servicios se compute y liquide el tiempo comprendido entre el 27 de diciembre de 1920, fecha en que se venció la licencia que le había sido concedida, y el veinte de noviembre de 1928, fecha de la sentencia del Consejo de Estado que anuló la resolución de este ministerio de 21 de julio de 1926, confirmada por la de 30 de septiembre del mismi año.

"Para resolver se considera:

"En el año de 1920 el capitán Miguel Pinzón, que en ese entonces prestaba sus servicios como oficial de reclutamiento del Regimiento de Ingenieros 'Caldas', solicitó y obtuvo una licencia para separarse del puesto por sesenta (60) días que expiraron el 27 de diciembre de dicho año, sin que el oficial hubiese reasumido el desempeño de aquel puesto.

"Varios años después de cumplido este hecho, el 24 de junio de 1926, por medio de mandatario especial el Capitán Pinzón demandó del Ministerio lo siguiente:

"Segundo: Que se declare, asímismo, que el Capitán Pinzón tiene derecho a que se le reconozca su actividad en el servicio del Ejército, como Oficial de Guerra, a partir del 27 de diciembre de 1920, con las anexidades consiguientes, y el sueldo correspondiente a su grado".

"El Ministerio se denegó a conceder lo

pedido por Resolución de 21 de julio de 1926 reafirmada por la de 30 de septiembre siguiente.

"Ante el Consejo de Estado, un nuevo mandatario del Capitán Pinzón acudió en solicitud de la revisión y nulidad de las citadas resoluciones, 'proveyendo en su lugar —dice la demanda— (según copia de la sentencia agregada a los antecedentes), que mi poderdante tiene derecho a ser mantenido práctica y efectivamente, en su condición legal que lo asiste de oficial de guerra en servicio activo en su grado de Capitán y con todas las anexidades de ese grado, entre ellas, la remuneración que los respectivos presupuestos han señalado en todo el tiempo transcurrido y que transcurra desde el 27 de diciembre de 1920 hasta la fecha en que de manera efectiva y práctica se haga por el Gobierno el reconocimiento de ese grado, de esa calidad y de las anexidades consiguientes dentro de un destino adecuado y que se le inscriba en el escalafón de actividad durante todo ese lapso de tiempo'.

"El Consejo de Estado en su fallo de 20 de noviembre de 1928 que se invoca por el doctor Vergara Puertas como fundamento de su solicitud, planteó la cuestión en los siguientes términos:

" '1º Si la cesantía en que ha estado el actor desde el año de 1920 hasta el presente ha sido voluntaria de su parte, o si su retiro de las filas fue obra del Gobierno y en qué forma se llevó a cabo.

" '2º Si en el caso de anularse la Resolución del Ministerio por haber sido irregular la forma en que se llevó a cabo el retiro del Capitán Pinzón, corresponde al Consejo declarar las consecuencias de tal medida.

"Después de algunas consideraciones llega aquella sentencia a las siguientes conclusiones:

" 'Síguese, pues, de todo lo expuesto, que son nulas por ilegalidad las Resoluciones acusadas en cuanto se declara que el Capitán Miguel Pinzón fue retirado legalmente del Ejército y que por lo tanto debe resolverse favorablemente este punto de la demanda'.

" 'No sucede lo mismo respecto a la cuestión propuesta por el actor, referente a que se declare como consecuencia de la ilegalidad del retiro en cuestión, que el demandante tiene derecho a que se le considere como militar en actividad desde el 27 de diciembre de 1920 y que se le paguen los sueldos desde esa fecha en adelante, ya porque conforme a doctrina sentada en el particular en repetidos casos, la jurisdicción del Consejo está limitada a resolver sobre la nulidad del acto acusado, ya también porque en estos casos es al Gobierno a quien compete desarrollar las consecuencias de la nulidad decretada como ejecutor de la sentencia'.

"El fallo en su parte resolutiva concluye así:

" 'Por lo tanto, el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE: Es nula por ilegal la Resolución del Ministerio de Guerra fechada el 21 de julio de 1926, confirmada por la de 30 de septiembre del mismo año, materia del presente juicio en cuanto que dichas resoluciones declaran que el Capitán Miguel Pinzón fue retirado legalmente del servicio militar'.

"De consiguiente, el Consejo de Estado dejó en pie lo resuelto por el Ministerio en las Resoluciones acusadas en cuanto al no reconocimiento de la situación de actividad del Capitán Pinzón en el Ejército en todo el tiempo transcurrido a partir del 27 de diciembre de 1920.

"A esta misma conclusión llegó el Consejo de Estado en sentencia de 20 de febrero de 1931, publicada en el Tomo XXIII, página 282 de los números 176 a 179 de los Anales de esa Entidad que en lo pertinente se reproduce a continuación, al desatar la demanda sobre nulidad de las Resoluciones del Ministerio de Guerra de fechas 18 de marzo de 1929 y 20 de diciembre del siguiente, instaurada por un nuevo apoderado del Capitán Pinzón:

" 'Con dicho fallo —el 20 de noviembre de 1928— se dirigió el Capitán Pinzón al Ministerio de Guerra, solicitando: 1º que

se le reconozca la condición de Capitán en servicio activo con todas las anexidades correspondientes, desde el 27 de noviembre de 1920; 2º Que se le paguen los sueldos de tal grado desde la misma fecha; y 3º que se le llame al servicio'.

" 'El Ministerio, con fecha 18 de marzo de 1929, resolvió estas tres peticiones así:

" 'No es el caso de decretar la actividad solicitada ni el pago de los sueldos que se reclaman. De acuerdo con la tercera solicitud, se dispone que se llame al servicio al Capitán Pinzón. Pásese esta Resolución, con sus antecedentes, al Departmento de Personl para lo de su cargo'.

" 'Pedida la revocatoria de esta Resolución, el Ministerio la negó con fecha 20 de diciembre de 1929.

" 'Contra estas resoluciones se interpuso por el apoderado del Capitán Pinzón el recurso correspondiente ante el Consejo de Estado, acusándolas por ilegales y lesivas de derechos civiles.

" 'Se fundamenta la acción en haber negado el Ministerio que se le pagaran al señor Pinzón los sueldos que no había devengado desde el 28 de diciembre de 1920 como Capitán en actividad, y que para llamarlo nuevamente al servicio se haya ordenado llenar las formalidades reglamentarias sobre el particular.

" 'El señor Fiscal, en su vista de fondo, conceptúa en contra de las pretenciones (sic) del demandante.

" 'Para resolver se considera:

" 'Toda la cuestión descansa en que, según el actor, el fallo del Consejo, de fecha 20 de noviembre de 1928, ordena que se le paguen al señor Pinzón los sueldos de Capitán desde 1920, por cuanto se anularon las resoluciones primeramente nombradas, y que tal pago no ha querido ordenarlo el Ministerio.

" 'Es evidente que ni explícita ni implícitamente el Consejo ordenó tal cosa, pues ya se vio que esa parte de la demanda no fue acogida por la sentencia, según se patentizó en la parte copiada arriba. Siendo esto así, es claro que la demanda no puede prosperar.

" 'Ni vale argüír, como lo hace el demandante, que en otros casos, como en una sentencia del propio Consejo, se ordenó pagarle al General Arzayús los sueldos de General, pues bien sabido es que las sentencias no tienen valor sino en los asuntos sobre que recaen y no en otros, caso y pleito muy otro es el del señor Pinzón al del señor Arzayús.

" 'Para mayor tranquilidad se transcribe uno de los motivos aducidos por el Ministerio de Guerra en la segunda resolución acusada, fecha 20 de diciembre de 1929:

" 'De otra parte, y para abundar en razones sobre este asunto, se encuentra el Decreto número 1413 de 11 de octubre de 1923 que en el parágrafo del artículo 1º dispuso:

" 'Los oficiales de los grados de Coronel a Subteniente cuyos nombres no figuran en el presente Decreto, quedan declarados en uso de retiro absoluto'.

" 'Demandada ante la H. Corte Suprema la inexequibilidad de esta disposición, el supremo Tribunal de Justicia declaró en sentencia de fecha 16 de julio de 1927, que el parágrafo único del artículo 1º de dicho decreto es exequible y ajustado, por tanto, a las normas de la Carta Fundamental.

"No figurando, como no figura el Capitán Pinzón en el Decreto arriba mencionado, es lógico concluír que desde su vigencia está en retiro absoluto del Ejército, y por consiguiente, su reclamación en este punto es cuando menos temeraria'.

" 'Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto fiscal, niega las peticiones de la demanda'.

"Pero hay más: El mismo doctor Vergara Puertas, como apoderado del Capitán Pinzón, por memorial de 25 de septiembre de 1935 y basándose como ahora, en la sentencia del Consejo de Estado de fecha 20 de noviembre de 1928, tantas veces citada, solicitó del Ministerio lo siguiente:

" 'Se sirva dar cumplimiento a la sentencia definitiva y ejecutoriada que dictó el H. Consejo de Estado con fecha 20 de noviembre de 1928, por medio de la cual resuelve que 'es nula por ilegal la Resolución del Ministerio de Guerra fechada el 21 de julio de 1926, confirmada por la de 30 de septiembre del mismo año, en cuanto dichas resoluciones declaran que el Capitán Miguel Pinzón fue retirado legalmente del servicio Militar'; 2º Que como consecuencia de tal cumplimiento, se declare en servicio activo a mi poderdante desde la fecha que el Ministerio de Guerra lo ha considerado legalmente retirado del Ejército, o sea, desde el 27 de octubre de 1920, que, por medio del Decreto Ej. 1969 de la fecha, le concedió una licencia;

"3º Que se le destine a alguna de las dependencias del Ejército, y 4º Que se le vuelva al Capitán Pinzón en su integridad, a la situación jurídica con todos sus derechos y deberes de Oficial en actividad en que se encontraba antes de considerarlo —ilegalmente— el Ministerio fuera del Ejército activo'.

"Las peticiones relacionadas fueron negadas por medio de la Resolución de 7 de marzo de 1936 y el Consejo de Estado por sentencia de 5 de febrero del año en curso, falló la demanda de nulidad intentada contra ella, así:

" 'Bogotá, febrero 5 de 1937. El señor Capitán Miguel Pinzón, por medio de apoderado, demandó la nulidad de la Resolución sin número, emanada del Ministerio de Guerra con fecha 7 de marzo de 1936. Solicitó, además, que como consecuencia de la nulidad demandada se le reintegre al Ejército en condición de Oficial en servicio activo; se le reconozca la situación jurídica en que se encontraba antes de ser considerado fuera de dicho servicio, su antigüedad en el grado, el tiempo que ha estado fuera del Ejército y los sueldos correspondientes a su grado durante el tiempo transcurrido.

" 'Fundamenta la demanda en no existir Decreto o Acto Administrativo por el cual se le haya retirado del servicio activo, de conformidad con las leyes existentes; en la sentencia del Consejo de Estado de fecha 20 de noviembre de 1928, en los artículos 31, 166, 169 de la Constitución Nacional, en la Ley 71 de 1915, artículo 1º y en la Ley 88 de 1935, artículos 2º, 3º, 6º y 7º

" 'Antes de resolver se considera: este negocio tiene antecedentes en esta Corporación, por ser esta la tercera vez que el señor Capitán Pinzón recurre ante el Consejo de Estado con el mismo motivo sustancial o por análogas circunstancias.

" 'El 27 de diciembre de 1920 se le venció una licencia que se le concedió por 60 días y que el Capitán prorrogó a su manera, porque no encontró en el Ministerio de Guerra ninguna constancia que atestiguara su presentación ni la prórroga indefinida de la licencia.

" 'Después de transcurridos seis años pidió al Ministerio, el 24 de junio de 1926, que declarara que, durante el tiempo que había corrido desde el día en que dejó de presentarse, es decir, a la expiración de la licencia hasta la fecha de la petición, había pertenecido al servicio activo del Ejército y que por lo tanto se le reconociera su grado y anexidades correspondientes en el tiempo mencionado.

" 'El Ministerio negó las peticiones del Capitán Pinzón, el cual acudió a esta Corporación, la que desató el negocio por sentencia de fecha 29 de septiembre de 1928, sentencia que anula las respectivas providencias, pero únicamente en cuanto declaran que al Capitán Pinzón se le había retirado legalmente del Ejército.

" 'Interpretando equivocadamente la sentencia, recurrió de nuevo el Capitán al Ministerio repitiendo sus alegadas pretenciones (sic), y ese Despacho resolvió la petición anterior así: 'No es el caso de decretar la actividad solicitada ni el pago de los sueldos que se reclaman. De acuerdo con la tercera solicitud se dispone que se llame al servicio activo al Capitán Pinzón'. Esta Resolución fue adicionada en la forma siguiente: 'Para el llamamiento al servicio activo, el Capitán Pinzón hará su solicitud siguiendo los trámites establecidos para ello, a fin de que sea some-

tido a examen médico sobre sus aptitudes'. Verificado el examen, fue desfavorable al Capitán Pinzón, por lo cual recurrió nuevamente al Consejo contra las resoluciones respectivas y esta Corporación, en sentencia de fecha 20 de febrero de 1931, negó todas sus peticiones. No bastó al Capitán el fallo de 1931, y demandó nuevamente al Ministerio de Guerra el cumplimiento de sus reclamos, lo cual como es obvio se negó en la Resolución de 7 de marzo de 1936, materia de la demanda.

" 'Como consecuencia de lo expuesto, resulta: que el Ministerio sí cumplió la sentencia del Consejo de 1928, llamando al efecto al Capitán Pinzón al servicio activo, pero previo examen médico, que es indispensable y está prescrito por las leyes y decretos militares. En una palabra: no es que el Ministerio no haya llamado al servicio al Capitán Pinzón, Es que, de acuerdo con el examen médico éste no puede volver a él, y está hoy en la situación de retiro absoluto, en virtud del Decreto 1413 de 11 de octubre de 1923 y con las resoluciones posteriores del Ministerio oportunamente revisadas por esta Corporación.

" 'Se rehabilitará el papel común, de acuerdo con el artículo 351 del C. J.

" 'Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega las peticiones contenidas en la demanda del doctor Alberto Vergara Puertas, como apoderado del Capitán Pinzón'.

"De lo dicho se deduce que tanto el Ministerio de Guerra como, el Consejo de Estado, en tres ocasiones cada uno, por medio de actos que son hoy jurídicamente inmodificables, han negado al Capitán Miguel Pinzón, por carencia de derecho a ello, el reconocimiento de la situación de oficial de Guerra en servicio activo del Ejército en el lapso transcurrido desde el 27 de diciembre de 1920 en adelante y, como dicha situación de actividad y la prestación del servicio en el empleo inherente al grado son condiciones indispensables para el cómputo y liquidación del tiempo de servicio en la hoja correspondiente, síguese que al Capitán Miguel Pinzón, que dejó de tener esa calidad y no ha prestado ningún servicio desde el 27 de diciembre de 1920 a hoy, no se le puede computar y liquidar como tiempo de servicio el lapso que solicita por conducto de su apoderado.

"En cuanto a la otra petición transcrita al principio de esta providencia o sea en lo referente a la expedición de la hoja de servicios del expresado Capitán, como de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1187 de 1917, todo oficial tiene derecho a solicitar en cualquier tiempo la formación de su hoja de servicios sobre documentos que constituyen su hoja de vida, la petición es procedente y debe prosperar.

"Por lo expuesto, el Ministro de Guerra

RESUELVE:

"1º Por el Departamento de Personal procédase a la formación de la hoja de servicios militares del Capitán Miguel Pinzón de conformidad con lo que aparezca en los documentos que constituyen su hoja de vida y con las listas de revistas;

"2º No se accede a ordenar el cómputo y liquidación de dicha hoja de servicios del tiempo comprendido entre el 28 de diciembre de 1920 y el 20 de noviembre de 1928.

"3º El interesado rehabilitará el papel común, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 351 del C. J."

No conforme el actor con esta nueva providencia, se presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de apoderado, en demanda de indemnización de perjuicios contra la Nación, el primero de agosto de 1939, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que el capitán del ejército Miguel Pinzón F., derecho tiene a que la Nación, representada por el Ministerio de Guerra, le indemnice, a título de reparación, los perjuicios sufridos por conse-

cuencia de haber sido retirado ilegalmente del servicio activo, sin mediar decreto de baja, y en virtud de las Resoluciones sin número, fechadas el 21 de julio y el 30 de septiembre de 1926, originarias de tal Ministerio.

"**Segunda.**—Que dichos perjuicios —según los estima el demandante— deben ser pagados en una suma equivalente al valor de los sueldos dejados de devengar por el capitán Pinzón F., en su grado, durante el lapso que ha permanecido y permanezca retirado ilegalmente del servicio activo, así: a) desde el 27 de diciembre de 1920, fecha en que el Ministerio de Guerra lo consideró retirado, hasta el 29 de noviembre de 1928, día en que ejecutoriada y en firme quedó la sentencia pronunciada por el Honorable Consejo de Estado el 20 de noviembre del mismo año, por medio de la cual **anula por ilegales** las Resoluciones ya enunciadas en el primer punto petitorio, en cuanto dichas providencias declaran que "el capitán Miguel Pinzón fue retirado ilegalmente del servicio militar", la suma de **once mil novecientos treinta y siete pesos, ochenta y ocho centavos** ($ 11.937.88) m/l.;

b) desde el 30 de noviembre de 1928, fecha en que el Ministerio de Guerra debió dar cumplimiento a la referida sentencia del Consejo de Estado, hasta hoy, 1º de agosto de 1939, que se presenta esta demanda, la suma de **veinticuatro mil quinientos sesenta y un pesos, ochenta y cuatro centavos** ($ 24.561.84) m/l., y c) desde el 1º de agosto de 1939 hasta el día que el Gobierno (órgano ejecutivo en el ramo de guerra), retire del ejército en forma legal al capitán Pinzón F., perjuicios éstos que se liquidarán en conformidad con la Ley vigente sobre asignaciones del ejército (L. 55 de 1938).

"**Tercera.**—Que el pago de la suma o sumas que se condene a pagar a la Nación como indemnización de perjuicios, a favor del capitán Miguel Pinzón F., se efectúe seis días después de ejecutoriada la sentencia respectiva.

"**En subsidio.**—Que la Nación, representada por el Ministerio de Guerra, debe indemnizar perjuicios al capitán Miguel Pinzón P., a título de reparación, en una suma equivalente al valor de los sueldos dejados de devengar, en su grado, desde el 27 de diciembre de 1920, fecha en que dicha entidad lo consideró retirado del servicio activo, hasta el día que aparezca en autos comprobado plenamente su retiro **legal** por medio de decreto ejecutivo, y, cumplida la sentencia del Consejo de Estado que pronunció a su favor, el 20 de noviembre de 1928". (Folios 63 y vuelto del cuaderno número 1).

Con respecto a los hechos y al derecho invocados, el fallo apelado expresa lo siguiente:

"En el hecho se fundamentó la demanda en 18 puntos, que la Sala para mejor comprensión y asimilación del problema resume así:

"El capitán Miguel Pinzón F. fue miembro activo del ejército en tiempo de paz durante nueve años, un mes y quince días, según su hoja de servicios, fols. 1 a 3, cuaderno 1.

"Principió su carrera como cadete de la Escuela Militar, desde el 30 de septiembre de 1907. El 7 de junio de 1913, por decreto 535 fue ascendido al grado de Teniente. Por decreto 1353 de 5 de julio de 1920, fue ascendido al grado de Capitán y destinado al puesto de Oficial de reclutamiento del regimiento de Ingenieros Caldas, de guarnición en Bogotá, cargo que sirvió del 6 de julio de 1920 al 1º de noviembre de ese mismo año. Por decreto 1969 de 27 de octubre de 1920, le fue concedida licencia por sesenta días sin derecho a sueldo, y en esta situación siguió figurando en el mismo regimiento de Ingenieros Caldas, del 1º de noviembre de 1920 hasta el 1º de enero de 1921, en que aparece dado de baja con la observación "orden del Ministerio de Guerra", según así se observa por la relación que hace y con que concluye la certificación de 'hoja de servicios' (fol. 3, cuaderno 1).

"Se venció la licencia expresada y el capitán a la expiración de ese plazo volvió pero no se le reintegró al servicio (hecho 3º de la demanda).

"El capitán Miguel Pinzón fue lesionado en su status legal de oficial de servicio activo por culpa exclusiva del Gobierno, al sostener el retiro ilegal, a pesar de la sentencia del Consejo de Estado, y ha perdido todas sus prerrogativas, ascensos, etc. No ha devengado sueldo alguno remunerado, público ni privado. Sus sueldos no le han sido cubiertos. El Ministerio de Guerra no ha tenido conocimiento de la enfermedad que padece y ha padecido el capitán Pinzón, en vez de tomarla como causal para retirarlo del servicio con derecho a sueldo de retiro o pensión, o recompensa, antes o después de pronunciada la sentencia del Consejo de Estado, la adujo como argumento para no cumplir con dicha providencia y violando normas al respecto.

"Al capitán Pinzón con la privación de las prestaciones sociales del ejército, debido al retiro ilegal, se le ha proporcionado mala situación económica como de salud, lo que le ha producido perjuicios materiales y morales.

"Los sueldos que el capitán Pinzón ha dejado de percibir por causa del retiro ilegal, deben liquidarse conforme al monto de asignaciones civiles del ejército por las varias leyes que al respecto han regido, y a partir del 27 de diciembre de 1920 hasta la fecha, conforme a su grado y ascenso de capitán.

"En derecho se fundamentó la demanda en los artículos 116, 169 de la Constitución Nacional, artículo 10 del A. L. número 1º de 1936; en los artículos 1º a 7º de la ley 71 de 1915; 1º y 3º de la 75 de 1925; 4º de la 88 de 1926; 9º de la ley 115 de 1928; 4º de la ley 15 de 1929; 23 de la 84 de 1931; ley 90 de 1913; 62 de 1927; y en los artículos del C. C. 1527, 1613, a 1617, 1746, 2341 a 2347. Invocó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida en la sentencia de 2 de diciembre de 1936, publicada en la G. J. números 1920 y 1921, págs. 751 a 754; y la de este mismo Tribunal contenida en la sentencia de 29 de julio de 1936 a favor del Teniente José J. Luengas; y la del Consejo de Estado, de sentencia dictada el 6 de mayo de 1932 (Anales del Consejo de Estado, números 196 y 197, Tomo XXIV, páginas 887 a 895)".

Concepto del señor Procurador.

Al contestar el traslado, el señor Procurador Delegado en lo Civil, emitió el siguiente concepto:

"Hago referencia al juicio ordinario de Miguel Pinzón contra la Nación, por perjuicios, y de modo especial a la apelación interpuesta por el actor contra la sentencia de primera instancia.

"Las pretensiones reiteradamente hechas objeto de controversia por el actor, a través de un largo debate administrativo y contencioso-administrativo, se sintetizan así:

"1º Nulidad de unas Resoluciones del año de 1926, del Ministerio de Guerra (a más de la de otras Resoluciones de ese mismo despacho gubernamental).

"2º Reconocimiento de su calidad de capitán en servicio activo del ejército a partir del 27 de diciembre de 1920, con las anexidades correspondientes.

"3º Llamamiento al servicio; y

"4º Pago de sueldos dejados de devengar en el interregno.

"Sobre esas cuatro cuestiones se pronuncian, en las variadas etapas de esa controversia administrativa de que da cuenta el informativo, los organismos gubernamentales respectivos y el competente órgano jurisdiccional en tales materias, que lo es el Consejo de Estado. Las variadas providencias recaídas, de uno y otro origen, se complementan y armonizan, forman un todo jurídico hoy imposible de desestructurar, cuya enunciación y síntesis es clara y precisa en la que es lógicamente la última etapa procesal, o sea la sentencia del honorable Consejo de Estado de fecha 5 de febrero de 1937 (a fls. 33, 34 y 35 del c. número 3), que termina así:

'Como consecuencia de lo expuesto, resulta: que el Ministerio sí cumplió la sentencia del Consejo de 1928 llamando al efecto al Capitán Pinzón al servicio activo, pero previo examen médico, que es in-

dispensable y está prescrito por las Leyes y Decretos Militares.

'En una palabra: no es que el Ministerio no haya llamado al servicio al Capitán Pinzón. Es que éste, de acuerdo con el examen médico no puede volver a él, y está hoy en la situación de retiro absoluto, en virtud del Decreto 1413 de 11 de octubre de 1923 y con las **Resoluciones posteriores del Ministerio oportunamente revisadas por esta Corporación.** (Subraya la Procuraduría).

'.....

'Por lo expuesto el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, niega las peticiones contenidas en la demanda del doctor Alberto Vergara Puertas como apoderado del Capitán Miguel Pinzón'.

"Así las cosas, la presente acción ante la justicia **ordinaria** se encamina a conseguir una indemnización de perjuicios que, sobre lo historiado anteriormente, se resuelve, **en lo esencial, al pago de los sueldos** de que el actor se reputa acreedor.

"De tal manera que, con toda justeza, al folio 84 vto., la sentencia recurrida plantea la acción bajo el Título "Fin de la demanda" en los términos que siguen:

'La acción ejercitada persigue indemnización de sueldos, todos los que habría devengado el capitán si no hubiera quedado fuera del servicio, y los que devengaría si continuase en servicio activo hasta que se le dé de bajo (sic) o retire 'legalmente' por decreto ejecutivo. Tanto la petición o súplica principal como la subsidiaria comprenden igual cosa o sea la destacada.....'

"Pues bien: los tribunales ordinarios —Tribunal y Corte Suprema en este caso— no pueden entrar al estudio y calificación de providencias gubernamentales de las características de las tan debatidas en la presente litis, pues ello pugnaría (sic) con lo preceptuado por el aparte i) del artículo 18 de la ley 130 de 1913.

"Más todavía —y en concordancia con el motivo anterior— dado que la jurisdicción contencioso-administrativa ha definido el problema en varias sentencias de contenido armónico, los tribunales ordinarios se encuentran absolutamente inhibidos para desconocer, en el caso de autos, los fueros de la **cosa juzgada,** por mandato imperativo del artículo 93 de la misma Ley 130 de 1913.

"Por último, en cuanto la indemnización pedida se basa de manera esencial en el concepto de sueldos dejados de devengar —en virtud de actos como los relatados— surge de ahí nítida la figura o noción de lo **contencioso de plena jurisdicción,** ajena a la órbita conceptual y funcional de la justicia ordinaria. Sobre este tópico se remite el suscrito a la amplia exposición de la Honorable Corte —Sala de Negocios Generales— en sentencia del 28 de marzo del presente año, recaída en el juicio de Manuel José Bohórquez contra el Departamento de Boyacá.

"Por todo lo expuesto, atentamente solicito la declaración de que este asunto no es de la competencia de la justicia ordinaria".

SEGUNDA PARTE

Planteada, como se ve, por el señor Procurador la cuestión de la falta de competencia de la Corte, procede, ante todo, examinar esta cuestión, pues si esta observación prosperara, se haría innecesario entrar en el estudio de las demás.

Consideraciones de la Corte

Repasando la lectura de los antecedentes del presente negocio se llega a las siguientes conclusiones:

Primera.—Cuando se dictaron las sentencias de fechas 20 de noviembre de 1928 y 20 de febrero de 1931, del Consejo de Estado, no existía el llamado recurso contencioso de plena jurisdicción para el restablecimiento del derecho violado por la providencia o el acto administrativo sobre el cual recaía la respectiva sentencia de nulidad. Por consiguiente, no podía exigirse al Capitán Pinzón Ferrer que hubiese obtenido del Consejo de Es-

tado, además de la nulidad de los actos acusados, la necesaria consecuencia de tal nulidad, cual era el restablecimiento pleno de sus derechos vulnerados por el acto o actos arbitrarios del Ministerio de Guerra, ni podía exigirse tampoco al Consejo de Estado que proveyese, además, en ese sentido, pues como dicho queda, ante él no existía entonces el recurso que reconoció más tarde el artículo 4º de la ley 80 de 1935, y que hoy, en forma bastante clara y efectiva, consagran los artículos 67 y 68 del nuevo Código de lo Contencioso Administrtivo que comenzó a regir desde el 1º de abril del presente año.

Careciendo de competencia entonces el Consejo de Estado para ordenar la reparación del perjuicio que el acto administrativo anulado hubiera ocasionado al actor, y siendo esa reparación, según queda expuesto, la consecuencia necesaria de la declaración de nulidad pronunciada por el Consejo de Estado contra las Resoluciones del Ministerio de Guerra de fechas 21 de julio y 30 de septiembre de 1926, podía pensarse que quedaba al actor el derecho de presentarse ante la justicia ordinaria en demanda de la consiguiente reparación, con base en esa declaración de nulidad, pues, en principio, o en tesis general, sería contrario a toda norma de equidad y de sana jurisprudencia, que la declaración de nulidad de un acto fuera una mera abstracción sin consecuencia alguna sobre el equilibrio jurídico perturbado por el acto contrario a la ley, mediante el cual se causó a alguna persona un quebranto en su patrimonio moral o material.

Segunda.—Se ha dicho que, en tesis general, la que acaba de expresarse en el punto anterior es la regla o norma que debe regular estos casos, y ella, en concepto de la Corte, comprendería y favorecería al Capitán Pinzón, como ya lo ha decidido esta misma Sala en su sentencia del 30 de junio último en el juicio por perjuicios que Rafael Bernal Medina promovió contra el Departamento de Cundinamarca, de no existir en el presente caso la sentencia del Consejo de Estado de 5 de febrero de 1937, pronunciada en fecha en que ya regía el artículo 4º de la ley 80 de 1935 y en circunstancias que en tal sentencia se lee que, además de la nulidad de la Resolución del Ministerio de Guerra de 7 de marzo de 1936, el Capitán Pinzón Ferrer solicitó que se le reintegrara "al Ejército en condición de oficial de servicio activo; que se le reconociera la situación jurídica en que se encontraba antes de ser considerado fuera de dicho servicio; su antigüedad en el grado; el tiempo que ha estado fuera del Ejército y los sueldos correspondientes a su grado durante el tiempo transcurrido", lo que equivale a haber ejercitado el actor, y a haber contemplado y resuelto el Consejo de Estado, cuando ya sí tenía competencia para ello, el recurso contencioso de plena jurisdicción. Esto inhibe ahora a la justicia ordinaria —aunque se trate de un juicio promovido ante ella antes de la vigencia del actual Código de lo Contencioso Administrativo— para entrar a conocer de la presente acción por perjuicios.

Tercera.—El hecho de que las sentencias del Consejo de Estado de fechas 20 de febrero de 1931 y 5 de febrero de 1937 sean posteriores a la del mismo Consejo de fecha 20 de noviembre de 1928 y el de que de acuerdo con el artículo 473 del Código Judicial, "la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquiera decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes", no son suficientes para que la Corte pueda entrar a decidir la presente acción por perjuicios y a declarar, a la vez, que son nulas las sentencias del Consejo de Estado de fechas 20 de febrero de 1931 y 5 de febrero de 1937. Todo lo contrario, tanto ese artículo como los pertinentes del actual Código de lo Contencioso Administrativo, la colocan en esa imposibilidad, pues las sentencias del Consejo de Estado, de que se habla, también están ejecutoriadas, porque se trata de dos Tribunales que se

mueven dentro de distintas órbitas jurisdiccionales, y porque no podría la Corte entrar a decidir que tales sentencias posteriores son **contrarias** a la de fecha 20 de noviembre de 1928, y, de consiguiente, inaplicables por absolutamente nulas, sino por medio de un verdadero proceso de **revisión** de tales sentencias, lo que le estaría a ella terminantemente prohibido por el artículo 93 de la ley 130 de 1913, que dice que "Las sentencias definitivas y ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son obligatorias y no están sujetas a revisión **por parte de la justicia ordinaria**". Esta norma no la contradicen los artículos 37 y 76 del Código Judicial. Ya quedó expuesto en el presente fallo qué es lo que impide a la Corte conocer de la presente acción del Capitán Pinzón Ferrer.

Cuarta.—Con base en estas consideraciones, la Corte estima que la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicil de Bogotá no se conforma con estas normas legales cuando entra a expresar que las sentencias del Consejo de Estado, posteriores a la de 20 de noviembre de 1928, sustituyeron o desvirtuaron esta sentencia, y que ésta era —en concepto del Tribunal— inocua y anodina en cuanto no produjo efectos prácticos en favor del demandante Pinzón Ferrer. El Tribunal carecía de competencia tanto para hacer estas declaraciones, como para fallar esta controversia en sentido condenatorio o absolutorio para la Nación.

Resolución:

Por las razones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada, y en su lugar, decide que ni el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bógotá ni esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema son competentes para conocer del presente juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—José M. Blanco Núñez. — Arturo Tapias Pilonieta. — Manuel Pineda Garrido, Srio.

SE CONFIRMA EL AUTO APELADO

Los funcionarios públicos, especialmente los del Poder Judicial y los del Ministerio Público, no están obligados a demostrar el carácter con que actúan cuando en ejercicio de sus funciones oficiales se dirigen a otros funcionarios. Al contrario, la buena marcha y expedición en el servicio público rechazan la idea de que cada vez que un funcionario público actúa en calidad de tal y en ejercicio de sus funciones oficiales tenga que estar demostrando previamente, sea ante los particulares o ante los demás funcionarios a quienes se dirija, esa calidad. Desde que se asume una función de carácter oficial es porque se tiene el derecho de ejercitarla, mediante el nombramiento y la toma de posesión del respectivo empleo, y la sociedad debe descansar tranquila en que ello es así, ya que si se le engaña por un falsario por un particular que abusivamente y sin derecho se arroga el título de funcionario público, de que en realidad carece, el hecho está constituído en delito que sanciona el código penal; entonces los particulares y las autoridades que tengan conocimiento del delito están obligados a denunciarlo y a desconocer la autoridad del impostor. Por eso la misma gravedad de la falta debe alejar la idea de que se está cometiendo cuando un funcionario público actúa en calidad de tal y en ejercicio de funciones propias de la investidura con que se presenta, lo que también hace que se le dé fe y se presuma que ejerce válidamente la función.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Debe en seguida ocuparse la corte del recurso de apelación intentado por el doctor Hernando Moreno, contra el auto del tribunal superior de Bogotá. de fecha cuatro de marzo postrero, dictado en el presente juicio sobre bienes mostrencos.

En el auto el tribunal le puso término al incidente promovido por el doctor Moreno, tendiente a que se declare la nulidad de todo lo actuado desde la presentación de la demanda de oposición por parte del fiscal 2º del tribunal a nombre de la nación, por ilegitimidad de la personería de dicho funcionario para representar al Estado ante el juez séptimo del circuito de Bogotá.

El auto apelado negó la declaratoria de la nulidad impetrada.

Para resolver se considera:

— I —

En primer término y como base de discusión conviene recordar y concretar los hechos de donde el recurrente hace provenir el vicio de nulidad que aspira a que se reconozca y declare. Con lo cual resaltará mejor la razón o la sin razón de la pretensión hecha valer en el incidente.

El recurrente promovió en el juzgado séptimo del circuito en lo civil de Bogotá un juicio relativo al denuncio de un bien mostrenco, consistente en un depósito de dinero que se encuentra en el Banco de la República a la orden del juez tercero superior de Bogotá, que asciende

aproximadamente a la cantidad de $ 60.000, por razón de un sumario terminado definitivamente en dicho juzgado, en atención a que se dictó sentencia de prescripción; careciendo estos dineros de dueño conocido pertenecen hoy el municipio de Bogotá, correspondiéndole al denunciante la participación a que le dan derecho las leyes y acuerdos municipales sobre el particular.

De la demanda se le dio al público el aviso de rigor, haciendo las publicaciones que ordena el artículo 840 del c. judicial.

Dentro de la oportunidad legal el señor fiscal segundo del tribunal superior de Bogotá, elevó al juzgado un memorial en que formula oposición a la declaratoria de bienes mostrencos materia de la litis; y pide al juzgado dar a la oposición el curso a que haya lugar, "teniendo en cuenta para ello lo previsto en la ley procesal, en relación con la competencia para conocer de los juicios contenciosos de interés privado en que la nación es parte". El fiscal termina así su memorial: "El interés de la nación que represento varía la jurisdicción en armonía con lo preceptuado en el numeral primero del artículo 76 del c. judicial; y en consecuencia pido a usted con el mayor acatamiento, se digne pasar los autos respectivos al honorable tribunal superior, entidad competente para conocer, así de la oposición como de la acumulación expresadas y luego de las causas reunidas".

Para hacer esta gestión y en general para promover la oposición el señor fiscal fue autorizado expresamente por el gobierno, según decreto número 1536 de 1940, de 8 de agosto, en que se le ordenó que representara a la nación como parte opositora "en los juicios civiles promovidos por el señor Hernando Moreno M. ante los juzgados 6º y 7º civiles del circuito de Bogotá, sobre declaración de un bien mostrenco, cuya propiedad es del Estado, según la información que de la procedencia del mismo bien tiene la procuraduría general de la nación".

En atención a este memorial del fiscal, el juzgado dictó inmediatamente el auto de 2 de septiembre de 1940, en que dispuso: "Como la nación se ha hecho parte en este juicio y los juzgados de circuito no son competentes para conocer de los juicios en que intervenga el Estado, envíase este juicio al honorable Tribunal Superior para que provea lo que estime legal. Hágase la correspondiente desanotación y remítase el expediente con nota de estilo".

Este auto se notificó al personero municipal de Bogotá y al fiscal. El interesado y demandante doctor Moreno pidió revocación y en subsidio interpuso apelación. Negada la revocación en auto de 26 de septiembre, notificado al personero y al fiscal, concedióse la apelación subsidiaria. El tribunal confirmó la providencia del juez, desechando los motivos que exponía el apelante para impugnarla, y que el tribunal puntualizó así:

"a) En que la oposición se presentó cuando el término propio para ello estaba vencido;

b) En que si el término no estaba vencido, el asunto debe permanecer en el juzgado hasta cuando venza;

c) En que el juzgado debe cumplir lo resuelto por el Tribunal en la apelación anterior, es decir, debe llevar a efecto el secuestro;

"d) En que el Fiscal del Tribunal no representa a la Nación ante los Juzgados de Circuito y, por lo mismo, no puede ser oído en su solicitud.

"e) En que el Decreto por el cual se autorizó al señor Fiscal, no aparece publicado en el Diario Oficial para que pueda surtir sus efectos".

El negocio volvió al juez, pero éste acatando lo que había dispuesto el tribunal, lo devolvió a esta entidad, quien en auto de 31 de enero, fl. 74, c. número 1, declaró que aprehendía su conocimiento. El doctor Moreno pidió también reposición de esta providencia. Y en auto del tres de marzo (fl. 80 y 81 ibidem), resultó definitivamente negado el recurso.

Esta actuación es la que encuentra el demandante viciada de nulidad por ilegitimidad de la personería del fiscal 2º del

tribunal de Bogotá para representar al Estado ante el juez 7º civil del circuito de Bogotá.

Se considera:

No ve la corte de dónde pueda surgir una fundada observación que haga pensar en la existencia de la nulidad invocada. La fiel relación de los hechos, que antecede, pone en evidencia que la actuación atacada descansa sobre firmes bases de legalidad.

Y para demostrarlo, brevemente se referirá la sala a las tres alegaciones que ante la corte expone el recurrente con el ánimo de sustentar el recurso y de probar la supuesta nulidad.

— I —

"El doctor Aníbal Montoya Canal para demostrar o probar su calidad de Fiscal Segundo del Tribunal de Bogotá ha debido acompañar la copia del decreto de su nombramiento y de la respectiva diligencia de posesión y además una certificación de que en la fecha en que se hizo parte en el juicio desempeñaba dicho empleo".

Sobre la base de esta objeción hace el recurrente otras alegaciones tendientes a demostrar que los documentos que ante el juez exhibió el fiscal para acreditar su carácter, son insuficientes.

Para la sala la objeción es infundada. Parte de la base de que el fiscal estaba obligado a demostrarle al juez su condición de tal con el decreto de nombramiento, la posesión del empleo y el actual ejercicio del cargo. Pero esta exigencia es inadmisible. No existe precepto alguno que la establezca, ni principio de derecho que la respalde. Al contrario, la buena marcha y expedición en el servicio público rechazan la idea de que cada vez que un funcionario público actúa en calidad de tal y en ejercicio de sus funciones oficiales, tenga que estar demostrando previamente, sea ante los particulares o ante los demás funcionarios a quienes se dirija, esa calidad. Desde que se asume una función de carácter oficial es porque se tiene el derecho de ejercitarla, mediante el nombramiento y la toma de posesión del respectivo empleo, y la sociedad debe descansar tranquila en que ello es así, ya que si se la engaña por un falsario, por un particular que abusivamente y sin derecho se arroga el título de funcionario público, de que en realidad carece, el hecho está constituído en delito que sanciona el código penal; entonces los particulares y las autoridades que tengan conocimiento del delito están obligados a denunciarlo y a desconocer la autoridad del impostor. Por eso la misma gravedad de la falta, debe alejar la idea de que se está cometiendo cuando un funcionario público actúa en calidad de tal y en ejercicio de funciones propias de la investidura con que se presenta, lo que también hace que se le dé fe y se presuma que ejerce válidamente la función.

En el presente caso no se le niega al doctor Montoya Canal el carácter de fiscal segundo del tribunal superior, que asumió al hacer sus solicitudes ante el juez. Se anota únicamente la falta del decreto de nombramiento y posesión. Pero esta prueba es innecesaria, porque el juez no podía rechazarlo, sino negándole que tuviera la calidad de fiscal, y eso era ya un grave denuncio que envolvía el delito de usurpación de funciones públicas.

— II —

"Conforme al código judicial toca a los personeros municipales intervenir como fiscales de circuito ante los jueces; y por tanto los Fiscales de los tribunales no pueden intervenir ante éstos, pues sus funciones judiciales están taxativamente enumeradas en el artículo 176 del c. j."

Este es también un pensamiento central del recurrente, alrededor del cual desenvuelve una larga argumentación para deducir que el fiscal carecía de personería para representar a la nación ante el juez.

Pero la objeción cae por su base con la sola lectura de los detalles de la actuación que llevó a cabo el fiscal ante el juez.

Allí el fiscal sólo intervino para representar el escrito en oposición, con el fin obvio de que planteada la oposición el juez remitiera el negocio al tribunal, lo que el juez dispuso en auto que reclamó el doctor Moreno, y que fue confirmado por el tribunal. No hubo pues el desarrollo de una verdadera actuación.

La sala no alcanza a ver qué clase de vicio existe en el particular. Ni con el criterio más exigente puede descubrirse. Los hechos desnudos son el más poderoso elemento de convicción. De acuerdo con el artículo 176, ordinal 3º, el fiscal era el único capacitado para representar al Estado en oposición, y como el juicio respectivo estaba al conocimiento del juzgado, ante éste tenía que presentarse primero el fiscal a formalizar la oposición, con el objeto de que enterado de ello el juez, el negocio fuera remitido, como se hizo, a la autoridad competente por virtud de la oposición. Por otra parte, los hechos propuestos recibieron ya su calificación definitiva en auto del tribunal del 2 de diciembre de 1940, que está en firme y que hoy no admite revisión. En esa providencia el tribunal decidió el mismo punto que hoy pretende revivir el apelante.

— III —

"El título de este decreto —el número 1536 de 8 de agosto de 1940— confirma en todas sus partes la tesis desarrollada en el aparte anterior de que el fiscal intervino ante el juez séptimo; y por ello repitó ese título: se autoriza a un funcionario para intervenir en unos juicios".

En este capítulo nada nuevo se dice. Vuelve a suscitarse la cuestión de personería del fiscal ante el juez, y se quiere aducir el decreto del gobierno por medio del cual autorizó al fiscal para formular la oposición, como demostrativo de que sí hubo actuación de este funcionario ante el juez, la cual está viciada de nulidad por ilegitimidad de la personería.

Bastaría repetir que la cuestión está ya juzgada en forma definitiva para cerrar el debate.

Sin embargo aunque sea redundante se insiste en que es obvio que estando el juicio de bienes mostrencos en el circuito, el decreto del gobierno en que autoriza al fiscal para que asuma la personería de la nación en la respectiva oposición tenía que mencionar los jueces a cuyo conocimiento estaba el proceso, ante los cuales el fiscal por imperativo de las circunstancias tenía que formular también la oposición, con el objeto de hacer parte en el juicio a la nación, y de esta manera el negocio pudiera pasar al conocimiento del tribunal.

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, **confirma** el auto apelado.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Aníbal Cardoso Gaitán.—José M. Blanco Núñez. — Arturo Tapias Pilonieta. Manuel Pineda Garrido, Srio.

AVISO DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS

El Estado se había desprendido ya del dominio de los bienes a que alude el proceso cuando por la supresión de los Conventos Menores por medio de la ley de 6 de agosto de 1821 expropió todos los bienes de tales conventos y por medio de los Decretos de 21 de diciembre de 1822, que crearon esos Colegios, los aplicó al sostenimiento de la Escuela de Primeras Letras de Mariquita y del Colegio de San Simón de Ibagué, bajo el patronato del Cabildo de Mariquita y del Intendente del Departamento. Al hacerse tal aplicación no se estableció diferencia o distinción alguna referente a los bienes destinados a ese fin luego no sólo los que habían sido adquiridos por los conventos suprimidos por la mera liberalidad de los fieles, sino aun los que adquirieron a título oneroso, pasaron a servir esa finalidad: el fomento o difusión de la instrucción pública.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintiseis de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

CAPITULO I

Antecedentes del presente juicio

En escrito de fecha 19 de diciembre de 1938, el señor Hendry Stuart Mackenzie Burns, como Gerente de la "Compañía de Petróleos Shell de Colombia", dio aviso al Ministerio del ramo, acerca de su propósito de hacer exploraciones con taladro en busca de petróleos en el subsuelo de una finca denominada "Hamburgo", situada en los Municipios de Honda y Mariquita, Departamento del Tolima, considerada como de propiedad particular del señor Erdman, Conde de Podewils Duerniz. (Folio 12, cuaderno número 1).

La Sección Técnica del Ministerio de la Economía, con fecha 14 de enero de 1939, encontró y anotó algunas deficiencias en lo relativo a los datos sobre los linderos mencionados en el memorial de aviso y en el primer plano que se presentó con tal memorial, y, en consecuencia, el Ministerio, por medio de Resolución del 16 de enero de ese mismo año, decidió que por el proponente se hicieran las aclaraciones y rectificaciones solicitadas. (Cuaderno citado, folios 14 y 15).

En cumplimiento de la Resolución que se deja copiada, el proponente, presentó ante el Ministerio un escrito el 18 de abril de 1939 cuyo texto en lo pertinente se insertará adelante.

Previos conceptos desfavorables del señor Procurador Gral. de la Nación y de la Junta Asesora de Petróleos con respecto al permiso solicitado para que se efectuaran los trabajos de exploración en busca de petróleos en los terrenos designados, el Ministerio confirmó esa negativa por medio de la Resolución de fecha 3 de agosto de 1939 (cuad. cit., folios 106 a 108), por estimar que no eran suficientes, administrativamente, para acreditar la propiedad privada del petróleo los títulos presentados por la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, y, en consecuencia, ordenó que el asunto pasara a esta Corte para que ella decida "si es o no fundada la pretensión de la Compañía avisante".

Después de haber sido resuelta desfavorablemente en 26 de enero de 1940 una

solicitud de reposición contra la Resolución citada (cuad. cit., fls. 109 a 125), ha llegado el negocio a esta Superioridad, donde después de reconocérse al doctor Jorge Padilla como apoderado de la Compañía avisante y de Erdman Conde de Podewils Duerniz, y de agotarse la tramitación legal de rigor, se pasa a decidir lo que procede conforme a derecho y a las pruebas presentadas. Se hace constar también que se tramitó un incidente de impedimento, manifestado por el Magistrado ponente y se declaró no fundado tal impedimento por la mayoría de esta Sala.

CAPITULO II

Los puntos de la controversia

Una transcripción de parte del concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil ante esta Superioridad, dejará. en resumen, suficientemente planteadas, y conocidas, las cuestiones principales del presente negocio y las que motivan los distintos puntos de vista que sostienen tanto ese alto funcionario y el Ministerio del ramo. a nombre de la Nación, por esa parte, como el apoderado de la Compañía avisante y del señor Erdman, conde de Podewils Duerniz, por otra. A unas y a otras se referirá la Corte, posteriormente, en el estudio y decisión del presente negocio.

Dice así el señor Procurador:

"De la titulación presentada por la Compañía no aparece que el terreno materia del aviso haya salido legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Los documentos con que tal hecho se ha pretendido acreditar en las dos resoluciones del Ministerio sobre el particular, cuyos fundamentos de hecho acoge y reproduce la Procuraduría en apoyo de su oposición, por hallarse en un todo acordes con la realidad procesal. En la primera de dichas resoluciones, fechada el 3 de octubre de 1939, se dice:

'Se ha acreditado que los distintos globos de terreno que integran la finca denomidada 'Hamburgo' pertenecen en la actualidad al señor Erdmann Conde de Podewils Duerniz, resultando además, tanto de los títulos como del certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Honda, que el dominio que tiene el Conde de Podewils Duerniz sobre los mencionados terrenos se halla respaldado por una tradición perfecta de más de treinta años.

'También se ha establecido que el señor Conde de Podewils Duerniz le concedió a la Compañía de Petróleo Shell de Colombia el derecho de explotar el petróleo que pudiera haber en la finca del aviso, como resulta de las escrituras correspondientes".

'En cambio, no se ha demostrado, con la prueba requerida por el ordinal a) del artículo 7º de la ley 160, que sea de propiedad privada el petróleo de los terrenos en referencia. En seguida se verá el por qué, para los fines de tal demostración, no satisfacen los títulos de antes del 28 de octubre de 1873 que se han aducido".

'Entre los propietarios anteriores al Conde de Podewils Duerniz figuran: a) del lote denominado 'Piñal y Guasucé', el señor Serafín Quesada, que lo adquirió en remate el 15 de diciembre de 1889, como perteneciente hasta entonces al Colegio de San Simón de Ibagué, y a quien se le dio después posesión del expresado terreno por determinados linderos, como aparece de la escritura pública número 87 de 17 de febrero de 1892 de la Notaría de Honda; b) y de los tres lotes restantes, que antes de junio de 1870 comprendían un solo globo denominado 'Villegas'; el señor Francisco de Paula Diago, quien los hubo de la Escuela de Primeras Letras de Mariquita en remate en el año de 1849 y a quien más tarde, en el año de 1850, se le dio posesión de ellos por el Juez Segundo Parroquial de Mariquita, todo conforme resulta de la escritura de 28 de noviembre de 1849 de la Escribanía de Honda y de la escritura de protocolización número 1926 de 29 de septiembre de 1865 de la Notaría 2ª de Bogotá".

'Pues bien. Como se han presentado copias de dos decretos de 21 de diciembre de 1822, por los cuales se crearon o establecieron tanto el Colegio de San Simón de Ibagué como la Escuela de Primeras Letras de Mariquita, y como además se han acompañado, tomadas de expedientes que reposan en el Juzgado 1º del Circuito de Honda, copias de una actuación de 17 de octubre de 1820, relacionadas con las tierras denominadas 'Piñal y Guasucé' y 'Villegas', parece ser que en los decretos y actuación aludidos funda la compañía del aviso la propiedad privada del petróleo".

'Pero en realidad, qué resulta de tales pruebas?".

'A este respecto, muy acertadamente, se ha expresado así el señor Procurador General de la Nación:

'Los dos decretos de 21 de diciembre de 1822, por los cuales se proveyó a la fundación de la Escuela de Primeras Letras en Mariquita y al Colegio de San Simón de Ibagué, destinaron a dichos establecimientos los fondos provenientes de censos y capitales que pertenecieron a los conventos suprimidos en la provincia de Mariquita, como lo determinan expresamente los artículos 2º y 7º de los citados decretos; pero éstos nada dicen de las tierras de que ahora se trata, pues que ni siquiera hacen la más leve mención de ellas. Por manera que hasta aquí no hay asidero para suponer que las tierras en cuestión estaban incorporadas en el patrimonio de los conventos suprimidos en la provincia de Mariquita. Y tampoco hay antecedente alguno en los autos que revele que el Estado hubiera hecho en alguna forma —directa o indirecta— transferencia de las mismas tierras a los aludidos conventos. Porque aun tomando en cuenta las referencias que de 'El potrero nombrado Villegas en seiscientos pesos' y de 'El potrero del Piñal' i 'Guasucé' hasta 'Chimina' en cuatrocientos pesos', se hace en las copias expedidas por el Juzgado 1º del Circuito de Honda y que ofician a folios 65, 66, 85 y 86 del expediente; es lo cierto que tales referencias no podrían constituír prueba de que salieron del dominio del Estado las tierras que hoy se pretenden como de propiedad particular'.

'Pero hay más. Respecto de las actuaciones de 17 de octubre de 1820, éstas no sólo son bastante vagas sino que, por falta de determinación suficiente de los terrenos allí nombrados 'Villegas' y 'Piñal y Guasucé', no podría decirse que por su virtud salieran del patrimonio nacional precisamente las tierras del aviso'.

'Y en la Resolución de 25 de enero del corriente año se expresa:

'El Ministerio, a su turno, fundamentó la determinación de no encontrar bastante esta titulación para demostrar el dominio que el avisante pretende tener sobre el subsuelo petrolífero de la finca de su aviso, en las siguientes razones que consideró fundamentales, dentro de la rígida tarifa probatoria que le señala el artículo séptimo de la ley 160 de 1936:

'Primera. Que en ninguna forma aceptable estaba demostrado que las tierras del aviso, y precisamente ellas, hubieran pertenecido a los Conventos de Santo Domingo y San Francisco, suprimidos por la ley de 6 de agosto de 1821.

'Segunda. Que tampoco estaba probado que esos mismos terrenos, al ser suprimidos los conventos menores, se hubieran adjudicado al Colegio de San Simón de Ibagué y a la Escuela de Primeras Letras de Mariquita.

'Tercera. Que, como natural y lógica consecuencia de la falta de las dos demostraciones anteriores, no era posible llegar a concluír que las tierras materia de este aviso hubieran salido del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, ni podía, por lo mismo, reconocerse la propiedad privada del petróleo que allí pudiera existir".

'Contra la primera de las razones anteriores, el recurrente afirma y sostiene que es absolutamente cierto e indudable que desde el año de 1820 el llamado potrero 'Villegas' perteneció al Convento de

Santo Domingo, porque así consta en las diligencias de 17 de octubre de ese año que presenta; y que, igualmente cierto y evidente es que desde esa misma fecha el portero 'Piñal y Guasucé' perteneció al Convento de San Francisco, el cual, como el anterior, fué suprimido en virtud de la ley de 6 de agosto de 1821. Luego agrega: "Sobradamente comprobado está este hecho en el expediente, con la copia de adjudicación al convento de Santo Domingo (se refiere solamente al potrero Villegas) del potrero "Villegas", hecha por el Gobernador del Cantón de Mariquita, en la cual se dice "y para que le sirva de suficiente documento de propiedad al R. P. F. Pio Buitrago (roto) del Convento de Santo Domingo de esta ciudad le doy el presente que firmo en Mariquita a 17 de octubre de 1820". Y sigue el recurrente: "Dada la referencia que en la hijuela se hace a un Decreto, la autoridad que hace la adjudicación y la forma como el título está concebido, es indiscutible que no se trata de una venta entre particulares, sino de una adjudicación hecha al Convento por el Estado. Pero aun cuando así no lo fuera, nada haría cambiar el aspecto del problema, porque con esa escritura está indiscutiblemente demostrada ayer y hoy la propiedad que tuvo el Convento de Santo Domingo sobre el potrero de "Villegas". Porque si esa propiedad fué adquirida de un particular, su derecho frente al Estado quedó reconocido en la ley de 11 de octubre de 1821 (artículo 14), y si fué del Estado constituye un título originario. Probado está, pues, que el convento de Santo Domingo de Mariquita era dueño en 1820 del potrero de "Villegas"."

"El Ministerio no puede aceptar las tesis anteriores y menos las conclusiones que de allí se tratan de sacar porque las diligencias de remate de 17 de octubre de 1820 son extremadamente vagas y no dan una base racional para deducir que en ellas se tratara de los mismos bienes a que este aviso se contrae. En esas diligencias se lee únicamente esto: "Al Padre Guardián de San Francisco el Potrero Piñal i Guasucé hasta Chimina en cuatrocientos pesos". Y en la referente al otro lote de tierra: "Al Convento de Santo Domingo de esta ciudad el potrero nombrado Villegas en seiscientos pesos". Cómo es posible, de tan vagas y generales expresiones, concluír que se hacía referencia entonces precisamente a las tierras de que ahora se trata? Y qué tienen que ver los nombres que entonces se dieran con la identidad material de los inmuebles que son objeto de ese aviso? No habiéndose suministrado allí sino el nombre escueto —que para el caso nada prueba— y no figurando en esas diligencias linderos, pero ni siquiera una ubicación aproximada de los potreros que allí se mencionan, con qué lógica se puede pensar que las adjudicaciones hechas entonces se refirieron precisamente a las mismas tierras de que se viene tratando ...

"Pero supóngase sin embargo, en gracia de discusión que con la nebulosa indeterminación de las diligencias de remate o adjudicación (que ambas cosas pudieron haber sido) se demuestre que en realidad de verdad desde el año de 1820 fueron dueños los Conventos de Santo Domingo y San Francisco de los potreros de 'Villegas' y 'Pinal y Guasucé' por los mismos linderos que se han dado en el memorial de aviso. De allí en sentir del Ministerio no se puede concluír que el Estado se hubiera desprendido del dominio de tales tierras cuando suprimió los conventos menores en 1821 y adjudicó sus bienes a los establecimientos de educación pública. Y no puede deducirse semejante conclusión, por la siguiente potísima razón: el artículo segundo de la ley de 6 de agosto de ese año que con tanta insistencia cita y menciona el recurrente, dice: '.....Todos los bienes muebles, raíces, censos, derechos y acciones, que la piedad de los fieles había dado a los mencionados conventos, se aplican para la dotación y subsistencia de los colegios o casas de educación de las respectivas provincias a quienes pasarán con todos los gravámenes impuestos por los fundado-

res'. Qué quiso decir eso? Sencillamente que el Estado se desprendía de la propiedad de los bienes que **"la piedad de los fieles había dado"** a los conventos menores suprimidos, en beneficio de los establecimientos de educación pública; pero que no hacía igual desprendimiento sobre los bienes que hubieran pertenecido a esos mismos conventos por una causa distinta a la mera liberalidad de los piadosos cristianos. Tales bienes, es decir, los que no entraron a formar parte del patrimonio de los conventos suprimidos por causa de la liberalidad de los fieles, forzosamente tuvieron que ingresar de nuevo al patrimonio del Estado como natural consecuencia de la orden de supresión. Parece tan claro el sentido de esa ley que huelgan más prolijas explicaciones a este respecto. Pues bien: aquí no se ha intentado demostrar siquiera que los conventos de Santo Domingo y San Francisco hubieran llegado a ser dueños de los potreros llamados "Villegas" y "Pinal y Guasucé" por donación de los fieles católicos; muy al contrario, se ha tratado de demostrar, que tales terrenos si alguna vez les pertenecieron a esos conventos fue a título de adjudicación o de remate hecho en 1820, pero no por causa de piadosa liberalidad, de la cual nada se dice en las diligencias de 17 de octubre de ese año. De suerte que, aun suponiendo un pleno dominio de esos conventos sobre las tierras de que se viene hablando no hay base para deducir que en la ley de 6 de agosto de 1821, se hubiera desprendido el Estado de su propiedad en favor de la incipiente educación pública, porque el desprendimiento que pudo contener la mentada ley se refirió únicamente a los bienes que habían sido "dados por la piedad de los fieles a los conventos suprimidos", circunstancia ésta muy lejos de haber sido demostrada en los documentos que con este aviso se han presentado".

CAPITULO III

Claramente resultan de los conceptos de la Procuraduría y del Ministerio dos cuestiones en que apoyan su negativa a aceptar que es fundada la petición o aviso de autos para explorar el subsuelo de la finca "Hamburgo" en busca de petróleo, a saber:

1ª No existe título emanado del Estado, ni constancia de la existencia de este título, que acredite que antes del 28 de octubre de 1873 los terrenos materia del aviso hayan salido legalmente del patrimonio del Estado para entrar en el patrimonio particular de la persona que actualmente alega derecho de propiedad en el petróleo que en ellos se encuentre.

2ª "Respecto de las actuaciones de 17 de octubre de 1820" (se alude a las diligencias de remate efectuado a favor de los Conventos de San Francisco y Santo Domingo, de Mariquita, en el concurso de acreedores formado a los bienes de Miguel Navarro y Guerra) "no sólo son bastante vagas, sino que por falta de determinación suficiente de los terrenos allí nombrados Villegas y Piñal y Guasucé, no podría decirse que por su virtud salieran del patrimonio nacional precisamente las tierras del aviso. Ni podría el Ministerio deducir ahora esa determinación de instrumentos posteriores, **aunque tuvieran alguna relación,** — se subraya — con las actuaciones dichas".

Se agrega por parte del Ministerio de la Economía, de quien es esta cita, que "puede la Corte Suprema de Justicia, que no está sujeta a tarifa de pruebas, utilizar ese procedimiento o cualquier otro que estime procedente en su sabiduría; pero el Ministerio debe limitarse a estudiar si se ha dado cumplimiento a lo preceptuado en los ordinales a), b., y c) del artículo 7º de la ley 160 de 1936, haciendo la calificación de las pruebas dentro de la órbita de su modalidad".

Por otro lado, aceptan el Ministerio y el señor Procurador, según se ha visto, que "los distintos globos de terrenos que integran la finca Hamburgo, pertenecen en la actualidad al señor Erdmann conde de Podewils Duerniz", y que tanto de los títulos como del certificado del Registra-

dor, resulta que dicho señor tiene derecho de dominio sobre esos terrenos, "respaldado por una tradición perfecta de más de treinta años".

En la primera cuestión se trata, pues, en concepto de la Procuraduría y del Ministerio, de ausencia de título legal sobre el subsuelo de las tierras de que se trata. En la segunda, el reparo versa, sobre falta de determinación o de identidad de tales tierras en época anterior a 1873.

CAPITULO IV

a) En apoyo de la primera cuestión, se alega, según se vio, que con respecto a los extinguidos Conventos de San Francisco y de Santo Domingo, de la provincia de Mariquita, no existe "antecedente alguno en los autos que revele que el Estado hubiera hecho en alguna forma — directa o indirecta — transferencia de las mismas tierras a los aludidos conventos. Porque — se agrega — aún tomando en cuenta las referencias que de 'El potrero nombrado Villegas en seiscientos pesos' y del 'potrero del Piñal i Gasucé hasta Chiminá en cuatrocientos pesos', se hace en las copias expedidas por el Juzgado 1º del Circuito de Honda y que ofician a folios 63, 66, 85 y 86 del expediente, es lo cierto que tales referencias no podrían constituír prueba de que salieron del dominio del Estado las tierras que hoy se pretende como de propiedad particular".

Se deduce esto, además, de que los dos decretos de 21 de diciembre de 1822 "nada dicen de las tierras de que ahora se trata, pues que ni siquiera hacen la más leve mención de ellas", y de que los bienes que podían aplicarse a la instrucción pública eran solamente en concepto del Ministerio y de la Procuraduría — aquellos que los Conventos suprimidos hubieran adquirido por la mera liberalidad de los fieles.

En consecuencia, y por parecidas razones, tampoco podrían haber adquirido esas tierras los establecimientos denominados "Escuela de Primeras Letras de Mariquita", y "Colegio de San Simón de Ibagué", establecimientos de los cuales adquirieron esas tierras en remate, Francisco de Paula Diago en 1849, y Serafín Quesada, en el año de 1889, respectivamente.

Ni los precitados Decretos de 21 de diciembre de 1822, se dice, ni la ley de 6 de agosto de 1821 que suprimió los conventos menores y adjudicó sus bienes a los establecimientos de educación pública constituyen título que acrediten dominio sobre esas tierras a favor de aquellos conventos ni a favor de tales establecimientos de educación, en parte, porque ni siquiera se hace referencia a dichas tierras en esa ley ni en esos decretos, y, en parte también, porque el artículo segundo de la ley de 6 de agosto de 1821, sólo dijo que los bienes de los conventos menores por ella suprimidos, que se aplicaban a la educación pública, eran aquellos "QUE LA PIEDAD DE LOS FIELES HABIA DADO A LOS MENCIONADOS CONVENTOS".

Ya tendrá la Corte ocasión de examinar este aspecto de la oposición de la Nación en otro lugar del presente fallo.

La identidad de los terrenos.

b) Con respecto a la IDENTIDAD de las tierras materia del aviso, en su origen, el Ministerio y la Procuraduría sostienen, como ya se dijo, que los terrenos denominados Villegas, y Piñal y Guasucé, carecen de "determinación suficiente", conforme a los documentos que se invocan como básicos del derecho que se dice adquirieron en ellos los Conventos de Santo Domingo y San Frascisco y el Colegio de San Simón y la Escuela de Primeras Letras de Mariquita, de quienes pasaron más tarde a manos de Francisco de Paula Diago y Serafín Quesada, respectivamente

CAPITULO V

La descripción de la finca "Hamburgo".

1. Se alega por el avisante que la finca

denominada "Hamburgo" está hoy integrada por los antiguos lotes de terrenos llamados "La Industria o Llano de Villegas", "Piñal y Guasucé", "Santa Rosa" "y otro lote sin nombre".

Sobre el particular, en el memorial de aviso presentado ante el Ministerio en 19 de diciembre de 1938, se lee lo siguiente:

"b) La finca denominada Hamburgo, compuesta de los lotes denominados La Industria o Llano de Villegas, Piñal y Guasucé, Santa Rosa y otro globo sin nombre, es de propiedad del señor Erdmann conde de Podewils Duerniz, el lote de la Industria o Llano de Villegas está situado en jurisdicción del municipio de Honda, Departamento del Tolima, el lote denominado Piñal y Guasucé está situado en jurisdicción del municipio de Mariquita, Departamento del Tolima, y los lotes de Santa Rosa y el que no tiene denominación especial, quedan en jurisdicción del municipio de Honda, Departamento del Tolima, y de acuerdo con el plano levantado por la compañía la finca en general tiene una extensión de mil ciento cuarenta y cuatro hectáreas siete mil trescientos metros cuadrados (1.144 h. 7.300 mts.2), distribuída así: Piñal y Guasucé ciento noventa y una hectáreas cuatro mil trescientos metros cuadrados (191 h. 4.300 mts.2) y La Industria o Llano de Villegas, Santa Rosa y lote sin nombre novecientas cincuenta y tres hectáreas tres mil metros cuadrados (953 h. 3.000 mts2);

"c) El lote denominado La Industria o Llano de Villegas, se halla alinderado así: 'Desde la desembocadura de la quebrada de Villegas en el río Guarinó, éste arriba hasta encontrar con la cabecera del Llano de Villegas en que existe una cerca de guaduas y en cuyo punto se fijó un mojón; de allí línea recta hacia el Sur hasta llegar a la cima de la loma; siguiendo por ésta cima en la misma dirección de la corriente del río Guarinó, hasta enfrentar con la desembocadura de la quebrada de Villegas; de este punto línea recta hasta el primer lindero expresado".

"De este globo de tierra se excluyó cuando lo adquirió Ernesto Pehlke, por haberla adquirido antes, una parte que está deslindada así: 'Desde donde principió la siembra de añil que hubo en la hacienda de La Industria río Guarinó arriba hasta la conclusión del lindero de dicha siembra; de allí línea recta al barranco de la orilla del llano, donde existió la casa de la hacienda de la Industria; por dicho barranco abajo hasta encontrar el primer lindero'. Este globo de tierra que se excluyó cuando Ernesto Pehlke adquirió de José de la Paz Achury, ya era de propiedad de Pehlke por compra que hizo a Felisa Galarza de Quesada por escritura número 237 de 29 de julio de 1906 de la Notaría de Honda, y queda comprendido hoy dentro del globo general de la Industria o Llano de Villegas, que es de propiedad del señor Conde de Podewils Duerniz y fue materia del contrato con la Shell.

"d) El lote denominado Piñal y Guasucé se halla alinderado así: 'Desde la cabecera de la quebrada Sabina aguas abajo hasta la confluencia con el río Guarinó hacia el Norte, colindando con terrenos que ocupó el señor Serafín Quesada, Guarinó aguas arriba hasta encontrar la boca de la quebrada Bocorná que desemboca en el río Guarinó hacia el occidente; de este punto línea recta al paso de la quebrada Chiminá en el camino real que conduce de Mariquita a Victoria hacia el Sur, colindando con terrenos de Malabar que fueron del señor David Escobar; del paso de la quebrada Chiminá línea recta a la laguna de Guasucé hacia el Sur; laguna abajo (de Chiminá) hacia el Norte a encontrar la referida laguna; por estos costados linda con terrenos del señor Luciano F. París; y de la laguna de Guasucé, buscando las cabeceras de quebrada Sabina hacia el Oriente, primer lindero, colindando con terrenos que fueron del citado señor Quesada'.

"e) Los lotes de Santa Rosa y el que no tiene denominación especial, que hicieron

parte del globo general denominado Villegas, se hallan alinderados así: 'Desde donde se terminó una siembra de añil en la cabecera del Llano hacia el río Guarinó, de este punto río Guarinó arriba hasta la boca de la quebrada La Sabina, lindero de los señores José Manuel y José Joaquín París; de este punto por toda la cima de la cordillera hacia el Sur hasta llegar a una loma lindero del terreno de La Industria inmediato al río Guarinó, éste aguas arriba hasta la terminación de dicha hacienda; de allí línea recta a un barranco en la orilla del llano lindero del globo de Santa Rosa y por dicho barranco abajo hasta encontrar con el primer lindero".

"f) Las exploraciones con perforación desea iniciarlas la Compañía de Petróleo Shell de Colombia una vez que el Ministerio declare que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Ley y que no hay reparo que hacerle a la titulación y está lista para emprenderlas el día 15 de abril del año de mil novecientos treinta y nueve (1939).

"Acompaño al presente aviso los siguientes documentos:

"1º Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Honda, sobre libertad y propiedad de la hacienda denominada 'Hamburgo', compuesta de los lotes llamados La Industria, Piñal y Guasucé, Santa Rosa y otro globo que no tiene denominación especial, en un período de treinta años hacia atrás;

"2º Todas las escrituras y documentos que comprueban la propiedad del suelo y subsuelo de la hacienda de Hamburgo, con sus lotes de Industria o Llano de Villegas, Piñal y Guasucé, Santa Rosa y otro globo que no tiene denominación especial, de acuerdo con la ley 160 de 1936, con una relación explicativa de dicha titulación y copia en papel común de toda la documentación;

"3º Plano topográfico del perímetro de la finca de Hamburgo, que comprende los lotes de La Industria o Llano de Villegas, Piñal y Guasucé, Santa Rosa y el lote que no tiene denominación especial, y la situación de estos lotes en relación con puntos conocidos".

Como atrás se dijo, la Sección Técnica del Ministerio encontró algunas deficiencias en cuanto a los linderos mencionados tanto en el precitado memorial de aviso, como en el plano que con él se presentó, y de acuerdo con estas observaciones, el Ministerio dictó en 16 de enero de 1939 la Resolución siguiente:

"**Ministerio de la Economía Nacional.**— Departamento de Petróleos. — Sección Técnica. — Bogotá, 14 de enero de 1939.

"Al hacer la confrontación del plano que la Compañía de Petróleos Shell de Colombia acompaña a su memorial de fecha 19 de diciembre, con los datos sobre linderos que en éste figuran, se encuentran las deficiencias que en seguida se anotan:

"El lindero del lote denominado La Industria o Llano de Villegas está indicado así: 'Desde la desembocadura de la quebrada de Villegas en el río Guarinó, éste arriba hasta encontrar con la cabacera del llano de Villegas en que existe una cerca de guaduas y en cuyo punto se fijó un mojón; de allí línea recta hacia el sur hasta llegar a la cima de la loma; siguiendo por esta cima en la misma dirección de la corriente del río Guarinó, hasta enfrentar con la desembocadura de la quebrada Villegas; de este punto línea recta hasta el primer lindero expresado'. Al respecto se observa: a) Falta la indicación en el plano del mojón citado y la de la línea recta de allí hacia el sur hasta llegar a la cima de la loma. Podría creerse, por no haber otro dato en el plano, que el mojón está en la confluencia de la quebrada Sabina, pero esto no puede ser porque la línea que de allí sigue no tiene dirección hacia el sur sino hacia el este; b) Conforme al plano están comprendidos en un solo lote los de Llano de Villegas, Santa Rosa y uno sin determinación.

"En el lindero del lote denominado Piñal y Guasucé hay esta parte indeterminada: 'del paso de la quebrada Chiminá línea recta a la laguna de Guasucé hacia

el sur; laguna abajo (de Chiminá) hacia el norte a encontrar la referida laguna; por estos costados linda con terrenos del señor Luciano F. París; y de la laguna de Guarinó, buscando las cabeceras de quebrada Sabina hacia el oriente, primer lindero.....' Esto no coincide con el plano, en el que sólo hay dos líneas rectas indicadoras de lindero y su punto de encuentro no está indicado de manera precisa. Además en lo transcrito figura la laguna de Chiminá que no está en el plano, y en éste la de Guasucé y la del Silencio parecen confundirse.

"Los linderos de los lotes de Santa Rosa y el que no tiene denominación, que figuran en el aparte e) del memorial, hay que precisarlos y deben anotarse en el plano".

"Ministerio de la Economía Nacional. — Departamento de Petróleos. — Sección Jurídica. — Bogotá, diez y seis de enero de mil novecientos treinta y nueve.

"Estudiado el aviso de exploración con perforación dado por la Compañía de Petróleos Shell de Colombia en escrito de fecha diez y nueve de diciembre del año pasado, referente a los lotes de terreno denominados 'La Industria o Llano de Villegas', 'Piñal y Guasucí' y 'Santa Rosa y otro sin denominación',

Se Resuelve:

"a) Aclárese el plano presentado de conformidad con lo expuesto por la Sección Técnica en el anterior informe, a fin de que queden debidamente precisados allí los linderos de los distintos lotes que figuran en el memorial de aviso.

"b) Establézcase también en el plano la alinderación del lote general denominado 'Tierras de Villegas', al tenor de las escrituras más antiguas allegadas, o sea de la escritura número 1926 de 29 de septiembre de 1865 de la notaría segunda de Bogotá para atrás, a fin de que quede bien esclarecido que los lotes 'La Industria o Llano de Villegas', 'Santa Rosa' y el otro sin denominación se hallan comprendidos dentro de los linderos generales de aquellas tierras, ya que esto no resulta bien definido en todas sus partes del plano del aviso. Es entendido que la alinderación general de que se trata se indicará en el plano en cuanto ello sea posible.

"c) Aclárese en qué linderos del aviso está incluído el lote sin nombre, pues del memorial resulta, según parece, que se halla comprendido tanto dentro de los linderos del lote del ordinal c) como dentro de los linderos de los terrenos del ordinal c)".

En cumplimiento de tal Resolución, el avisante presentó un nuevo plano junto con un nuevo escrito, de fecha 18 de abril de 1939, en el cual hizo las aclaraciones solicitadas; y como después de efectuadas estas aclaraciones y rectificaciones y de presentado el nuevo plano ante el Ministerio, éste declaró en la Resolución de tres de agosto de 1939, como ya se dijo, que "se ha acreditado que los distintos globos de terreno que integran la finca denominada Hamburgo pertenecen en la actualidad al señor Erdmann conde de Podewils Duerniz, resultando además, tanto de los títulos como del certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Honda, que el dominio que tiene el conde de Podewils Duerniz sobre los mencionados terrenos se halla respaldado por una tradición perfecta de más de treinta años", aparece evidente que la cuestión de la identidad y de la propiedad actuales de las tierras del aviso quedó aceptada tanto por parte del Ministerio como por parte del señor Procurador Delegado en lo Civil al prohijar éste los fundamentos de la mencionada resolución del Ministerio, y que la oposición del Ministerio y de la Procuraduría versa sobre el hecho de que, en su concepto, no existe título emanado del Estado que acredite que las tierras del aviso hayan salido del patrimonio de aquél antes del 28 de octubre de 1873, razón por la cual no puede

reconocerse derecho de propiedad al conde de Podewils en el petróleo que allí pueda existir.

o

Los títulos de mayor antigüedad para los fines de la identidad y de la propiedad.

2º "Es indiscutible — alega el avisante — que las tierras que hoy forman parte de la hacienda de 'Hamburgo', estaban comprendidas dentro de la merced hecha a Juan de Villanueva en 1º de octubre de 1586, por el Cabildo de Mariquita, confirmada por la Real Audiencia de Santa Fe en 12 de febrero de 1587".

Con efecto, en el término probatorio del presente juicio, se ha traído a autos los siguientes documentos obrantes a folios 9 v. a 11 del cuaderno número 3:

"Archivo Histórico Nacional. — Bogotá, veintiséis de mayo de mil novecientos cuarenta y uno.

"En cumplimiento de lo dispuesto por el señor Ministro de Educación Nacional en el auto que precede, y lo solicitado por la honorable Corte Suprema de Justicia en el presente Despacho, se expide a continuación la copia de los documentos a que se refiere dicho despacho, y es como sigue:

"..... TITULO — Nos el cabildo justicia e regimiento de la ciudad de San Sebastián de Mariquita, del nuevo Reino de Granada, en las Indias, estando juntos para tratar y comunicar en las cosas tocantes al dicho nuestro cabildo, conviene a saber: El muy ilustre señor capitán Francisco de Alava, corregidor y justicia mayor en esta dicha ciudad y las demás de tierra caliente, por su Majestad, y los ilustres señores capitanes Pedro de Rojas y Diego de León Garavito, alcaldes ordinarios, y don Pedro Enríquez de Novoa, regidor, y Carlos de Molina, procurador general de esta dicha ciudad, y ansi juntos, decimos: que por cuanto por parte del capitán Juan de Villanueva, vecino de esta dicha ciudad, nos fue fecha relación, por su petición que ante nos presentó, que él tenía necesidad de un pedazo de tierra, que ahora nuevamente se había descubierto en el camino nuevo que han descubierto los vecinos de Victoria, para esta ciudad, que es entre el río de Gualí y el río de Guarinó, una mesa que está encima de los farallones, para potrero y para ganado menudo, por estar desocupada y despoblada; y por nos visto, fue acordado que os debíamos de proveer, como por el presente os proveemos, y hacemos merced, del dicho pedazo de tierra, según y de la manera que por el dicho capitán Juan de Villanueva nos fue pedida, y mandamos a cualquiera alguacil mayor y menor de esta ciudad, os metan en la posesión y tenencia del dicho pedazo de tierra, de que así os hacemos merced, que nos por la presente, os habemos por dada la dicha posesión.—Fecho en la dicha ciudad de Mariquita, a primero día del mes de octubre de mil e quinientos y ochenta e seis años. — FRANCISCO DE ALAVA. DIEGO DE LEON. — PEDRO DE ROJAS.—DON PEDRO ENRIQUEZ.—CARLOS DE MOLINA. — Por... (al margen dice: está roto y está así)... de su merced.—MARCOS GONZALEZ. — Escribano. — Confirmación. — En la ciudad de Santafé, a doce días del mes de febrero de mil e quinientos e ochenta y siete años, ante los señores Presidente e oidores de la Audiencia real de su Majestad de este nuevo Reino de Granada, pareció el capitán Joan de Villanueva, vecino de la ciudad de San Sebastián de Mariquita, y presentó este título, y pidió su confirmación, y que la tierra que a él se le proveyó sea y se entienda con las vertientes hasta el río de Gualí, y vista por los dichos señores Presidente e Oidores, dijeron: que confirmaban, y confirmaron, este dicho título en todo y por todo como en él se contiene, y a mayor abundamiento hacían y hicieron merced al dicho capitán Juan de Villanueva, de la tierra que en él se declara y especifica, con las dichas vertientes hasta el dicho río de Gua-

lí, para que las tenga, goce y posea y haga de ellas como cosa suya propia, la cual dicha confirmación y merced le hicieron sin perjuicio de tercero, y mandaron a las justicias de su Majestad de la dicha ciudad de Mariquita y otras cualesquier, que la metan en la posesión de la dicha tierra al dicho capitán Juan de Villanueva, y de ella no consientan sea desposeído.'. (Al margen dice: así está)... (Roto; dice al margen)... primero ser oido y... (al margen dice: está roto)... conforme a derecho so pena de... (Al margen dice: roto)... quinientos pesos para la cámara de su Majestad, y así lo mandaron.—DON FRANCISCO GUYLLEN CHAPARRO.— Por su mandato, FRANCISCO ALAVA DE VILLARREAL. — Corrigiose con el original, de donde se sacó este traslado, que concuerda con él, en la ciudad de Mariquita, a treinta días del mes de diciembre de mil e seiscientos e veinte e tres años; testigos, Jacinto Hurtado Arias y Felipe García de Quesada, residentes en esta ciudad.—En testimonio de verdad.— ALONSO HURTADO ARIAS. — Concuerda con el original, a que me remito, y en fe de ello lo signo y firmo, en testimonio de verdad.—(Hay un signo).—FRANCISCO BELTRAN GUERRERO.— (Rúbrica.—Sin derechos.—Hay una rúbrica.. Presentado con petición de Isabel de Mercado, ante el señor Corregidor y justicia mayor de esta provincia, en Mariquita, a veinte y nueve de noviembre de mil setecientos y diez años.—GALVEZ.—(Rúbrica).

... ...'

"Es fiel copia del documento que se halla a folios 602 a 603 —parte pertinente— en el expediente que se halla a folios 582 a 610 del tomo X de "TIERRAS DEL TOLIMA", cotejada, corregida y copiada a folios 472 a 475 del L. C. R. 16.— El Jefe del Archivo Histórico Nacional, (fdo.), Enrique Ortega Ricaurte. — REPUBLICA DE COLOMBIA. — ARCHIVO NACIONAL.

"Ministerio de Educación Nacional, Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos cuarenta y uno.

"Autentícase la firma del señor ENRIQUE ORTEGA RICAURTE que aparece al pie de las anteriores copias, quien el día veintiséis de mayo del año en curso desempeñaba las funciones de JEFE DEL ARCHIVO HISTORICO NACIONAL. — El Secretario del Ministerio de Educación, Jaime González Ortiz".

3º De acuerdo con esos documentos, "el pedazo de tierra" concedido a Juan de Villanueva en merced por el Cabildo de Mariquita el 1º de octubre de 1586, y por la Real Audiencia de Santa Fe en 12 de febrero de 1587, está en el camino de Victoria a Mariquita, "que es entre el río de Gualí y el río de Guarinó, una mesa que está encima de los farallones, para potrero y para ganado menudo, por estar desocupada y despoblada".

4º Más concretamente aún: que era lo que estaba comprendido entre el "río de Guaíí y el río Guarinó": el camino nuevo de Victoria a Mariquita, o "el pedazo de tierra" pedido por Juan de Villanueva?

El camino de Victoria a Mariquita está entre los ríos Guarinó y Gualí, así como la quebrada Chiminá y los farallones o colinas situadas en esa región, según puede verse en los mapas de los Departamentos de Caldas y Tolima de la Oficina de Longitudes, en conformidad con lo que consta en el plano del aviso, pero lo comprendido entre esos ríos y lo pedido por Juan de Villanueva, especialmente, era "ese pedazo de tierra", esto es, la "MESA", meseta o llano "que está encima de los farallones, para potrero y para ganado menudo, por estar desocupada y despoblada", en la región comprendida entre los ríos Gualí y Guarinó, y el camino de Victoria a Mariquita.

Ahora, si se interpreta en otro sentido el texto de la merced, completada por su respectiva confirmación, como hay que hacerlo, entonces el "pedazo de tierra" concedido a Juan de Villanueva abarca toda la región comprendida entre límí-

tes claramente arcifinios como los ríos Gualí y Guarinó, el camino de Victoria a Mariquita y los farallones de la Cordillera vecina a esa región, más "las vertientes hasta el río de Gualí", según reza la confirmación de esa merced, hecha en Santa Fe por la Real Audiencia en 12 de febrero de 1587, como aparece del documento que acaba de leerse.

"Es indiscutible, —se alega por parte de la compañía avisante— que las tierras que hoy forman la hacienda de 'Hamburgo', estaban comprendidas dentro de la merced hecha a Juan de Villanueva.—En el plano que figura en el expediente puede verse el camino que lleva de Victoria a Mariquita y que atraviesa el extremo de la finca de 'Hamburgo'.—El Municipio de Victoria queda situado al Noroeste de 'Hamburgo', hecho que puede apreciarse con sólo comparar el plano presentado con un mapa del Departamento de Caldas.—Y como 'Hamburgo' está localizado precisamente en la intersección entre el camino nuevo de Victoria y el río Guarinó, no queda duda que sus terrenos hicieron parte de la Merced dada a Juan de Villanueva". — (Folios 26 y 27, cuaderno número 2).

Para la Corte este hecho está suficientemente comprobado, pero a mayor abundamiento, ella citará los siguientes documentos que contribuyen a robustecer tal convicción por el estrecho nexo que guardan entre sí en sus partes esenciales:

5º A folios 5 v. a 7 del cuaderno 3, obra un documento otorgado en Honda en 20 de abril de 1741, cuya parte conducente dice así:

"Archivo Histórico Nacional. — Bogotá, veintiséis de mayo de mil novecientos cuarenta y uno.

"En cumplimiento de lo dispuesto por el señor Ministro de Educación Nacioual en el auto que precede, y lo solicitado por la H. Corte Suprema de Justicia en el presente Despacho, se expide a continuación la copia del documento a que se refiere la parte interesada, y es como sigue:

"..... En el nombre de Dios Nuestro Señor Todopoderoso, y con su santa gracia, amén.—Sépase como yo el padre Pedro Ruiz Montero, de la Compañía de Jesús, asistente en este mi colegio de la villa de San Bartolomé de Honda, digo: que por cuanto me hallo con licencia y plena facultad de mis prelados superiores, para poder parecer en juicio y disponer de todos mis bienes temporales, como son mis legítimas paterna y materna, que con el favor de Dios me han quedado por fin y suerte del maestro de campo don Pedro Ruiz Montero, mi padre, y de doña María Fernández Gaitán, mi madre, que ya son difuntos, vecinos que fueron de la ciudad de San Sebastián de Mariquita, en este nuevo Reino de Granada de las Indias, de donde soy oriundo y patrimonial, como le consta al infrascrito escribano, y en esta atención he comparecido judicialmente en la causa del cobro de bienes de la dicha mi madre, que pende ante la justicia ordinaria de dicha ciudad, desde el año próximo pasado de mil setecientos y cuarenta; y en esta conformidad, teniendo presente que de imponer y fundar capellanías y memorial de misas se agrada mucho a su Divina Majestad y se aumenta el culto divino por los sufragios que reciben las benditas Almas del Purgatorio, por medio del santo sacrificio de la misa, por cuya razón ha muchos días que tengo deseos de fundar de mi alma y las de mis padres, abuelos, parientes y allegados y demás del Purgatorio, que fueren mas del agrado de Dios Nuestro Señor. Y considerando, que en lo que me ha tocado de dichas mis legítimas, que son tres mil patacones que estaban fincados en el valor de las haciendas que quedaron, de campo, por muerte de dichos mis padres, en la jurisdicción de la dicha ciudad, del otro lado del río de Gualí, que se compone de tierras, ganados, yeguas, mulas, bueyes, ramadas de trapiche, hornillas, fondos, herramientas, esclavos, casas de vivienda, cañaverales, cacaguales y platanares, con todos los demás aperos de que se componen las dichas haciendas, que se halla tasado todo

en la cantidad de doce mil patacones, según el avalúo que se hizo por la real justicia, en cuya posesión ha entrado don Francisco Ignacio Ruiz Montero, mi hermano, afianzando el importe de dicha cantidad a satisfacción de las partes interesadas y de la real justicia, y en la parte que a mí me toca, cabe muy bien la institución y fundación de capellanía que pretendo hacer, y Patronato de Legos; en esta atención otorgo por la presente, que a mayor honra y gloria de Dios y bien de mi alma, y de mis padres, y demás que arriba llevo referidas, instituyo, establezco y fundo la dicha capellanía y Patronato de Legos sobre las dichas haciendas y bienes de sus pertenencia, del principal de los dichos dos mil patacones, de a ocho reales castellanos, que con especialidad ha de reconocer el dicho don Francisco Ruiz Montero, mi hermano, en favor de esta dotación de capetallanía y patronato; la cual por todo el tiempo que fuere inquilino de ella, hasta que haga la redención de patrono y capellán, y desde luego nombro por patrono al muy reverendo padre Rector, que es o fuere de mi colegio en esta Villa, perpetuamente, y por primero capellán a don Pedro Ignacio Ruiz Montero, mi sobrino, hijo legítimo del dicho don Francisco Ruiz Montero, mi hermano, y de doña Josefa Correcha, su mujer, quien actual se halla siguiendo los estudios en el colegio real de Nuestra Señora del Rosario de la ciudad de Santafé, para que a título de ella pueda conseguir los sacros órdenes, y servirla por todos los días de su vida, con solo la obligación de decir en cada un año, veinte misas rezadas en los días y altares que le pareciere, por mi alma y las de mis padres, abuelos, y demás del Purgatorio, mas de agrado de Dios Nuestro Señor, y llenando la renta por entero por la limosna de ellas desde hoy día de la fecha en adelante, con declaración que mientras no estuviere ordenado para poder decir dichas veinte misas, cumpla con mandarlas decir, con la limosna ordinaria, y lo restante de la renta se aplique para ayuda de la congrua sustentación del dicho capellán, mi sobrino, lo cual le ha de constar por recibo de el sacerdote que hubiere dicho las misas, al reverendo padre Rector de este colegio, como patrono que llevo nombrado, perpetuamente, y para que después de los días del dicho don Pedro Ignacio Ruiz Montero, mi sobrino, nombro por capellán a uno de los hijos de don Félix Lee de Flórez y de doña Ana María Salvatierra, mi sobrina, para que se entienda en la misma conformidad, y por falta, o ausencia de éste, a otras partes que no sea habido en estas por algún motivo, en este caso es mi voluntad nombrar, como nombro de capellán, a los descendientes de mis hermanas doña Ana María Ruiz Montero, doña Ursula Ruiz Montero, y don Francisco Ruiz Montero, mi hermano, prefiriendo siempre el más necesitado, a discreción del patrono nombrado, para que se entienda en la misma conformidad que el primero y segundo, porque mi deseo es ayudarles en su necesidad con el socorro de dicha renta, y sin que se falte a la obligación de las veinte misas con la limosna ordinaria y acostumbrada, y a falta de varones, recaida dicha renta en las hembras...".

Se dice que esta capellanía recayó sobre la hacienda llamada de "San Antonio de Chiminá", pero como se vio, en el documento que se deja copiado, no se hace referencia en él específicamente, ni a esa ni a ninguna otra hacienda. Sólo se dice allí que las haciendas que de sus padres había heredado el Presbítero Pedro Ruiz Montero Fernández estaban "del otro lado del río Guali".

6º En 15 de febrero de 1789, en Mariquita, hizo su testamento doña LUCIA RUIZ MONTERO, "hija lxma. —dice— de D. Franco Ignacio Ruiz Montero (roto) Josefa Correcha y mujer lexma. qe. ful de D. José (roto) y Armero ya difunto". En tal documento alude la testadora a la hacienda llamada de "San Antonio de Chiminá" (folio 17 v., cuaderno número 3), en los siguientes términos: "... declaro es mi voluntad, qe desps de mi falle-

cimiento se saque de mis bienes la cant-d de cuat... (roto)... entos pa y se impongan sobre mi hacienda de Sn Ant-o de Chiminá sin qe pr ningun motibo puedan sacarse de ella para imponerlos en otra parte, y qe con sus reditos se ofrende la sepultura todos los años...".

Este documento que, según consta, está "completamente deteriorado y apolillado", no contiene otra referencia mejor a la hacienda de San Antonio de Chimaná.—Se anota que uno de los albaceas de la testadora fue su yerno Miguel Navarro y Guerra, quien más tarde aparece como dueño de esta hacienda, como se verá adelante. „ ,

7º **Con fecha 5 de agosto de 1789** los herederos de esta señora Lucía Ruiz Montero vendieron **todas las "haciendas" y bienes** de la sucesión de aquélla a DIEGO DE MESA Y ARMERO (folio 14, cuad. número 3). Este documento, que está destruído e ilegible en su mayor parte, habla de **"varias haciendas", "dhas haciendas"**, pero nó se sabe a cuáles se refiere, aunque trata de la venta de **todos** los bienes de Lucía Ruiz Montero, quien ya había declarado en su precitado testamento que una de esas haciendas era la de "San Antonio de Chimná", sobre la cual impuso el gravamen de cuatrocientos patacones para ofrendas a su sepultura.

8º A folio 18 v. del cuad. número 3, figura la copia de un documento, casi ilegible por la destrucción, que contiene la siguiente alusión: "Jph, DE MESA Y RUIZ.,—Mariqu... (roto) y **Dic-re** 22 de 1790... (ilegible todo lo que antecede)... ipotecas mi Hacienda llamada S-to Domingo (roto)...rras de ganado mayor y de Pancojer, una Ramada (roto) "... yo el (roto) la ya citada d-a Juana Rizo de... (roto) yo el (roto) fiador de d-n Diego de Mes (roto) **ciáles ipotecas** todas las haciendas qe (roto) pr defuncion de d-a Luisa Ruiz Montero... (roto)... prado a los herederos como consta de (roto) cuales son del otro lado de Gualí qe. lla---... (roto) Chiminá con todas sus tierras, casas, (roto) trapiche, esclavos, fondos (etc., etc.)".—Los subrayados son de la Corte.

La copia de este documento es tomada "del original del protocòlo de la Notaría de Honda del año de mil setecientos noventa y uno" y se alega que es una hipoteca constituída por Diego de Mesa y Armero sobre su Hacienda de "San Antonio de Chiminá'. Tal alegación se hace con base en el documento cuyas partes más legibles se dejan copiadas arriba.

9º Luégo, a folio 20 del mismo Cuaderno número 3, sigue la copia de otro documento, también bastante deteriorado, otorgado ante el Alcalde de Honda, "Provincia de Mariquita", **el 5 de marzo de 1800**, cual se dice que MIGUEL NAVARRO Y GUERRA "hipoteca su Hacienda de trapiche que fue de don DIEGO DE MESA ARMERO Y RUIZ nombrada "San Antonio de Chiminá", en jurisdicción de la ciudad de Mariquita, que en el día es del otorgante, por compra que de ella hizo, y sin embargo, de que sobre ella se reconocen siete mil pesos a favor del Monasterio de Señora Santa Clara de la Capital de Santafé, y quatro... (roto en dha ciudad de Mariquita (roto)... étc.".

Este documento no da más detalle sobre la "Hacienda de San Antonio de Chiminá", mencionada en el testamento de Lucía Ruiz Montero, de quien fue yerno y albacea el mencionado Miguel Navarro y Guerra, según consta en tal testamento.

10. Sigue después (ib., folio 21 v.) la copia de otro documento, sin fecha, "completamente apolillado", que se encuentra en el protocolo de 1776, 1777 y 1792, paquete número 2 de la misma Notaría de Honda.

Este documento principia así:

"Yo don MIGUEL NAVARRO Y GUERRA vec..no de es (roto) y Alcalde ord (roto) más antiguo de esta Dige (roto) por quanto por defunción de D. Diego de (roto)...y Armero nuestro Hermano se me otorgó (roto)...ra de venta por su albacea y heredera Da. Ma... (roto) Mesa y Armero de todas SUS HACIEND (ro-

to)... cias en esta jurisdicción con condición que ha (roto)...cervar y cumplir los capítulos que constan (roto)...criptura y siendo el primero de ellos en reconocer (roto)...fabor del Convento de Predicadores de esta ciudad (roto)... hacienda rreconocia dho Dn Diego (roto).—Y cumpliendo con lo que soy obligado (roto) presente y en la mejor vía y form... (roto) haya lugar qe reconozco situo y nuebamente (roto) pongo SOBRE DHAS HACIENDAS de que me h... (roto) la enunciada cantidad de mil y doscientos a favor del expresado convento de pred (roto)...sta cha ciudad".

Continúa en este documento una parte imposible de descifrar por estar rotos los renglones, y añade: "... ni el tercero adquiera dro y pasen a su poder (roto)... esta carga, y gravamen LAS DHAS HACIENDAS (roto) ANTONIO DE CHIMINA, y como si no se hu... (roto) la tal enajenación..." etc., etc.

11. Del siguiente documento, de fecha once de febrero de 1828, que obra a folios 22 a 26 del mismo cuaderno número 3, se copia lo siguiente:

"Sépase por la presente escritura pública, como yo, JOSE MARIA CONDE vecino de esta ciudad digo: Que por quanto habiéndose presentado por escrito ante el I-tre cuerpo Municipal como exclusivamente facultado como su verdadero Patrono, en virtud de los superior-s Decretos del Supremo Poder Executivo, y de la Intendencia de este Departamento de 21 de Diciembre de 182... (ilegible)...u siete de enero de 1823, para la seguridad de los Principales, y réditos de la Escuela de primeras letras y Aula de gramática Establecidas por la ley del caso en las piezas de este Conv-to de San Franco, pidiendo me diersen a senso redimible y al quitar, las tierras nombradas S-ta Rosa, Villegas y Guarinó, las cuales son de ganado mayor y menor y de Pancojer; se resolvió en su consecuencia ponerlas en pública subasta a estilo de Almonedas, con la espresada condicion de reconocerlas a senso redimible por la cantidad de seiscientos pesos en que las adjudicó el Supremo Givierno como uno de los prales, en qué conste el referido establecimiento; y como el día de su remate qe fue el ocho del pres-te, no hubiese havido persona al-n qe mejorase tan ventajosa postura, se celebró este a las horas correspondientes y con las solemnidades que el dro previene ante el Sor Alcalde 1º Municipal del mismo cuerpo; y haviéndo sido aprobado por la sancion y Decreto de la Sala en su sesion del dia once, se previno como consta del Espediente de la materia que se agrega, que se pasase a la Escrivania pública de esta ciudad, para el otorgamiento de la correspondiente escritura: S. S. del M. I. C. J. y R.—José Ma. Conde vecino de esta ciudad ante Vs con mi acostumbrado res-pe-to, y conforme a dro. paresco y digo: Que halládose sin sensustario las tierras de GUARINO, nombradas el Pot-o de VILLEGAS, Sta ROSA &, pertenecientes a la Escuela de prim-s letras de esta ciudad del valor intrínseco de seiscientos patacones, según la adjudica-n hecha a la citada escuala; he resuelto compralas a senso redimible, reconociéndolas al cinco por ciento y pagando cada seis meses la mitad de sus réditos; a cuyo efecto se ha de servir Vs. admitir esta legal proposición, recibiendo en hipoteca las mismas tierras de que dimanan las seiscientos pesos y admitiéndose además el fiador abonado que propongo pa los réditos de treinta ps. anuales, y quince cada seis meses como me obligo, qual lo es el S-or Mateo A. Viana, vecino de esta ciudad, en cuya prueba firma conmigo esta solicitud, qe pr ser justa y arreglada. A Vs. pido, y sup-co se sirva proveer, y mander como solicito y en lo necesario protesto y juro &.—José Ma Conde.—Mateo A. Viana.—Sala Municipal de Mariquita, Noviembre 12 de 1827. Se accede al reconocimiento qe propone esta parte a senso redimible de las tierras nombradas VILLEGAS, CUARINO o Sta Rosa, pr la conocida utilidad y ventaja qe resulta a los Establecimientos públicos a qe pertenecen. En su consecuencia se pa-

sará este espe-te al Escribano Público de esta ciudad, pa qe otorgue la corresp-te, escritura, bajo la fianza qe ofrese pr ser la satisfaccion de este Municp-d, a quien la presentará dho Es-no pa suscribirla con los interesados en prueba de su aceptacion, y de qe se pondrá una copia legalizada en el respectivo archivo, a qe corresponde. Pero antes se pasará el correspondiente oficio al señor Gobernador para qe teniendo concom-to de este negocio se proceda con el divino acuerdo a verificar esta venta.—Tomás Carrion.—Juan José Roldán.—Florencio Armero.—El Secretario Municipal, Félix Lee.—República de Colombia, Juzgado Municipal de Cantón de Mariquita Nvre 12 de 1827.-17-. Al señor Gobernador y Comand-te de Armas de esta Provincia. Sin embargo de lo que autorizan a esta Municipalidad qe presido, los Superiores Decretos del Supremo Poder Ejecutivo, y la Intendencia de este Departamento, de 21 de Dbre de 1822 y 7 de enero de 1823 pa poder enajenar a senso redimible las tierras qe en parte forman el capital asignado a la Escuela de prim-s Letras, y Aula de Gramática, en circunstancs de hallarse como valdias, y sin sensustars la mayor parte de ellas que existen a larga distancia de esta ciudad, cuyo estado de insertidumbre anula sin duda un establecimiento, permanente, quiere la Municipalidad contar con el beneblácito de Vs pa darla mas importancia a su deliberacion, por su valor nominal a los sensuatars qe pr fortuna se presentan, y por lo mismo espera de los intimos deseos con qe Vs. se conduce no solo al ventajoso establecimiento, de que, se trata, se sirva despacharla su contestacion en el término mas breve qe a Vs. le sea posible pa qe al menos tenga efecto la instalacion de la citada escuela en el periodo qe tengo señalado a VS de mi comunicacion de 6 del Corre-te. Dios gua. a Vs. José Maria Conde.—Es copia legal de la nota oficial qe queda en este archivo de mi cargo a qe se refiere el S-or Governador de esta Prov-ca en su decreto de 23 del pasado a qe me remito. —Mariquita Dce 10 de 1827.—Félix Lee.—Secret-o Municipl. República de Colombia, Gobierno de la Provincia de Mariquita. Honda Nvre 23 de 1527. Al Alc-d 1º Municipal de Mariquita. Vista la nota de VS fecha 12 del corr-te sobre Escuela de primeras letras, y Aula de Gramática, hé decretado en esta fecha lo siguiente: Este Gobierno no tiene invonv-te en qe la Municipalidad de Mariquita proseda a la enajenación a senso redimible de las tierras que forman el capital asignado pa el sostenimiento de la Escula de primeras letras, y Aula de Gramática, con tal qe arregle a las disposiciones superiores citadas en la anterior nota y a las leyes vijentes que tratan sobre la materia. I lo trascribo a VS pa su intelijencia y fines indicados. Dice gue: a Ud. Ermenejildo Correa. Es copia legal de la nota oficial del S-or Gobernador de esta Prov-a a qe en caso neses-o a él me remito, lo qe certifico y firmo en esta ciudad de Mariq-ta Dice 10 de 1827, Féliz Lee. Secreto-o Municpl. Sres. de la M. I. Municip-dad. José Ma Conde, vecino de esta ciudad, ante VS conforme a dro y con el debido respeto paresco y digo: Que hace más de dos meses que me presenté a la Sala pidiendo se me diesen a senso redimible las trras nombradas el POTRERO DE VILLEGAS qe se haya a las margenes del rio Guari (roto) estimadas en 600 pesos; y como los Superiores de (roto)... del Supremo Poder Ejecutivo, y de la Inten-d de este Departamento de 21 de Dice de 1822 y de 7 de enero de 1823, autorizan competentemente a la Municipalidad, para enajenar a senso redimible las trras qe forman en pte. el capital asignado a la Escuela de primeras letras y Aula de Gramática a qe pertenecen; y no habiéndose verificado hasta ahora, con conocido perjuicio del establecimiento; por qe mientras no se pongan bajo al pié productivo de ganr diariamente el rédito de su importe, jamás podran tener efecto los fines de su instituto... roto)...qe será una cosa ideal e incierta; pido a V. S. M. I. qe en atencion a sus facultades, y a la coope-

racion del Gobno de esta Prov-a manifestada en su provd-a de 23 de Nnve último que VS tiene a la vista, se sirva decretar en el día, el otorgan-to de respectiva escritura, supuesto qe no se encuentra el menos inconveniente pa constatar así los perjuicios qe se estan tocando contra el establecimiento; po. en el caso de qe V. S. piense de otra manera, se ha de servir franquearme el testimonio correspond-te, de mi primer solicitud decretada por la Sala, de la nota oficial de 12 de nove qe le dirijio al Sr. Gobernador de su contest-n y de este escrito con su proyecto, pa hacer el uso qe me convenga, cuyos dros estoy pronto a satisfacer, con arreglo a la ley de aranceles, qe así es justicia, ella med-te. A. V. S. pido y sup-co se sirva proveer y mandar como solicito y en lo neses-o &. Jose Ma Conde. — Sala Municipal de Mariq-ta. Enero 7 de 1828. Por presentado. Habiéndose resuelto pr acta de este dia qe el nominado potrero de Villegas sea vendido en pública subastación al qe mas diere de su valor nominal a cuyo efecto se ha mandado que fixen cedulones pr el término prevenido por ley, y en su consecuencia tenga ..... (roto) ..... parte presente al intento como primer postor, y hágase saber. (fdo). Guzman. — Roldan. — Moya. Navarro. El Secretario. Félis Lee. — AVISO AL PUBLICO. Que el Potrero nombrado Villegas qe se halla contra la montaña del rio de Guarinó distante cinco leguas de esta ciudad acia el camino qe va para Sonsón perteneciente a la Escuela de primeras letras de esta ciudad, cuyo valor es el de seiscientos pesos, se vende en pública almoneda el dia ocho del p-mo Febrero. Quien quisiere hacer postura parezca qe se le admitirá la qe hiciere ante el Juzgado respectivo de esta Ciudad. Mariquita Enero 8 de 1828. Firmado de orden de la I-tre Municipalidad, Félix Lee. Sec-o Municipal. Rep-ca de Colombia. Secreta. Municipal. Esta Ilustre Municipalidad en acta de este dia autorisa a Ud pa qe realice el remate de las tierras de Villegas el 8 del corr-te, y al efecto me ha prebenido trascriba a Ud el art. sigte: 'Asi mismo se acordó por este cuerpo en dar la comision al Ald. 1º Municipal pa qe celebre el remate del Potrero de Villegas, conforme al D.... (roto) .... de 7 del pasado, verificándose dho remate el 8 del corr-te en qe es cump-do el término de la ley, el qe verificado dará cuenta con las dilijencias a esta Sala en la sesion pma inmediata, a cuyo efecto se le pasará el correp-te oficio por el Secreto con insercion de este art. Lo que digo a Ud pa los fines conven-tes. Dios gue. a Ud Felix Lee. Secretario. Marq-ta 8 de Febrero de 1828. Por recibido el ant-t oficio con el espd-te de la materia, y pa qe tenga su debido cumplim-to procédase en esta misma mañana a poner en subastación,y rematar por vos de pregonero, las tierras que se citan nombradas VILLEGAS, SANTA ROSA, GUARINO, & en el postor qe mas diere y verificado qe sea dho remate en la hora acostumbrada se dará quenta a la Sala como se prebiene en mi comi-on. Asi lo proveo, mando y firmo con tgos pr aus-a de Esc-no. Juan José Roldán. Tgo. Eugenio Olaya. Tgo. José Ma. Lee. En el mismo dia a las nueve de la mañana se comensó el primer pregon en altas e intelijibles voces diciendo: Quien quisiere hacer postura a las tierras nombradas Villegas.. pertenecientes a la Escuela de prims letras de esta ciudad, mejorando la de seiscientos pesos qe tiene hecha el Sor José Ma. Conde, vecino de esta ciudad, como consta en su esped-te en qe se le tiene admitida, paresca qe se le admitirá.... (roto)... hisiere. I habiéndose dado varios pregn-s por el preg., (roto)..... Jn de Mata Ariza siendo las dose del dia man.... (roto).... Yo dho Juex Municipal, a persibir a rema..... (roto).... y despues de haberse repetidos vars pregones con la postura única de seiscientos ps se procedió a verificarlo pr el mismo pregón qe fue dado a las dos de la tarde en los trms- siguientes: Seiscientos pesos dan por las tirrs nombradas VILLEGAS pertenc-tes a la escuela de prim-s letras de esta ciudad. Quien qui-

siere mejorar la postura paresca qe se le admitirá la qe hiciere qe se ha de rematar a la uno, a las dos, a la tercera, y pr qe no hay quien puje ni quien diga mas, que buena, qe buena y qe buena pro le haga al rematador señor José Ma. Conde. En cuya virtud yo el espresado Juez de comicion concuy .... (roto) esta diligencia qe firmo con el Interesado y los tgos con quienes actuo pr aus-a del Es-no. Juan José Roldan. — José Ma. Conde. Tgo. Eug-o Olaya. Tgo: José Ma. Lee.— Marie-ta Febrero 8 de 1828. Respecto de haberse concluido mi comision, con haberse verificado en este día el remate de las tierras de Villegas qe se puso a mi cuidado; dese cuenta a la Itre Municipd pa qe en su vista pueda resolver lo qe estime conveniente. Asi lo proveo, mando y firmo yo el Alc-d 1º Mucipl de esta ciudad y su Canton, actuando con testigos por la espresada ausencia del Ess-no. Juan José Roldan. — Tgo: Eugenio Olaya. Tgo: José Ma. Lee. — Sala Municipal de Mariqta Febrero 11 de 1828. Vistas por esta corporación las anteced-tes diligencias de remates de las tierras del Potrero de Villegas por el se Alc-d 1º de esta Corporación en favor del Sor José María Conde vecino de esta ciudad las qe se aprueban en cuanto ha lugar en derecho; y para que se verifique el otorgamiento de la correspondiente escritura, se le instruirá lo conveniente al presente Secretario, para que formando la póliza del caso la pase al Escribano público de esta ciudad, quien la presentará a la firma con los insertos que se le acompañaran. Juan José Roldan. — José Anto — Guiza. — Nicolás Moya. — Domingo Conde. — Al Sor Agutin Trujillo Ess-no Pub-co de esta ciudad. La Itre. Municipalidad me ha prebenido en la secion de este dia, pase a Ud el esped-te qe le acompaño pa qe en esta fha proceda Ud a otorgar la corresp-te escrit-a de las tierras nombradas Villegas, en favor del Sor José Maria Conde vecino de esta ciudad, las cuales se le remataron en pública subasta el 8 del corr-te, en cantida de seiscientos patacones, a senso redimible en favor de la escuela de prims letras de esta ciudad, como una de las fincas adjudicadas pr el Sup-mo Gv-no de la Rep-ca pr el citado establecimiento pr haber pertenecido antes al Combento suprimido de Santo Domingo, cuyo remate echo en comisión pr el Sor Alc-d 1º Municipl fue aprobado en acta de esta fha pr haberse celebrado en todo su valor nominal de los 600 ps de su adjudicacion. El citado Sor Conde es obligado a reconocer la espresada cantidad de los seisciets pesos a rason de un cinco por ciento anuelm-te, y de pagar cada seis meses la mitad conforme a la Real pragmática qe trata sobre ello, los cuales ha de consignar cada seis meses la mitad ante los Sres. del cuerpo Municipl, y da pr su fiador de ellos al Sor Mateto Viana vecino igualmente, y sujeto de suficiente responsabilidad, quedando pr el Sor comprador hipotecada la misma tierra como finca inm-ble y qe la ha echo suya en virtud del remate, sujetándose a la precisa condicion de no poderlas cambiar, donar, vender ni enajenar de modo alguno hasta no tener redimidos los referidos 600 ps. o qe la misma Municipalidad le permita la licencia de venderlas enterando al imp-te citado en la Sala de sus seciones pa imponerlo con las formalds corresp-tes, como a quien toca exclusivamente, el Patronato o conservacion de este pral en virtud de los supers Dtos del Sup-mo Poder Ejecutivo y de la Inten-da del Departamento de 21 de dice de 1822, y 7 de Enero de 1823, advirtiendo a Ud qe los lids de las citadas tierras de Villegas, Santa Rosa o Guarinó, son ls siguientes: 'Desde el paso de la quebrada nombrada la Sabina, quebrada abajo hta su desague en el rio Guarinó, de este abajo hta el altio nombrado el Tambor, De este punto qe es en la punta del Serro qe allí estrecha contra el rio, y siguiendo la altura hasta la cumbre, desde la cual se dirije por toda la cima hasta su conclusión, en cuya punta o estremo tiene su origen la espresada quebrada de la Sabina, esta abajo hta el paso qe es el primer lindero'. Las cita-

das tierras lindan pr la parte del poniente con las que llaman el Piñal, por el sur, con las nombradas comunm-te el Trapiche de los Sres Armero, pr el·o..... (ilegible)..... te con las de Sacamentiras, y pr el norte, con el citado caudaloso río de Guarinó. Con estos conocm-tos se servirá Ud proceder al otorgam-to de la referida escritura y dar cuenta como está prevenido pa qe suscriba pr los Sres de la Itre Municipld. Mariquita Fbro- 11 de 1828. Felix Lee. Sec-o Municipal. — I cumpliendo con lo prevenido, y con lo que es de mi obligación para la seguridad de dicho pral y sus réditos, me constituyo en devida forma, dando por mi fiador de réditos que deberan entenderse al cinco por ciento, al Sor Matero Viana de este mismo vecindario, que se haya admitido por la Municipalidad, como persona de conocido abono, y por mi parte señalo por especial hipoteca las mismas tierras de Sta Rosa, Villegas y Guarinó como finca rais e inmoble; las cuales no podré cambiar, trocar, hipotecar ni enajenar en modo alguno, hasta no tener cubierto su pral y rédito que se vencieren, y si lo contrario hiciere qe no valga ni el tercero adquiera derecho a ello. Los dichos réditos hemos de satisfacer de man-comun insólidum en esta misma ciudad a la misma Sala Municipal, cada seis meses la mitad, que son treinta pesos anuales, como lo dispone la pragmática, y la misma Municipalidad librará los recibos correspondientes, como espresamente facultada para el importante establecimiento de Escuelas, seguro de sus prales, y cobro de sus réditos, o tambien seran pagados a quien la misma corporacion señale para el cobre en el caso de que por alg-na inopinada casualidad no se satisfacieren en los dias señalados de su cumplimiento. Por tanto nos obligamos conforme a dro. con nuestras personas y bienes que tenemos y en adelante tuvieremos, con poderío y sumicion a las justicias del Supremo Gobierno de la República, de cualesquier parte que sean, a cuyas autoridades nos sometemos con espresa renunciacion de todas las leyes, fueron y derechos de nuestro favor y la ley cit cumvenerit de jurisditione omnium judicum, y última pragmática de sumiciones, para qe a lo dicho, no obliguen, compelen y apremien por todo rigor de derecho, como por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada consentida y no apelada, y dada a entrega. En razón de lo qual, y dando por inserta en esta escritura la póliza del Secretario de la Municipalidad qe no solo abla del contrato, sino de los linderos de las citadas tierras de Villegas. El Señor otorgante, y el Señor su fiador, que se hayan presente, habiendo oido el contenido de esta escritura, dijeron estar a su satisfacción y conforme a lo tratado; y los Señores que componen el Itre cuerpo Municipal a quienes igualmente he presentado esta escritura, dicen que la aceptan en toda forma en virtud de sus facultades por estar a toda su satisfacción, y ofrecen al comprador y fiador que en todo tiempo será válida y permanente esta venta, y que si por algun evento se les mobiese alguna inquietud o pleito, la Municipalidad los pondrá a pas y salvo sin que se les siga ningun perjuicio ni gravamen, pues si no pudieren verificarlo debolveran el pral si ya estuviese hecha la redencion y le pagaran las mejoras que por la buena fee con que se hace este contrato, iciere y pusiere en ellas, como que son suyas propias en virtud del remate que se ha celebrado en pública Almoneda que tiene aprobado esta Municipalidad, por cuya misma causa el establecimiento y la Sala, no les queda otro dro que a la espresada cantidad de los seiscientos patacones en qe las ha vendido. I los Sres otorgantes a quienes yo el Escribano público del Num doy fée firmaron siendo tgos los ciud-s Manuel que conosco, asi lo dijeron, otorgaron y Ruiz, Juan de Dios Gayén, y Leandro Solano, vecinos. Mariquita onse de Febrero de mil ocho cientos veinte y ocho. — (Firmados) Juan José Roldan. — José Ant. Guiza. — Nicolas Moya. — Domingo Conde. — José María Conde. — Mateo A. Viana. — Ante mi. Ezequiel Trujillo. Esno público del No.".

12.—Como se ha visto, del documento

que se acaba de citar en el punto 11 que precede, aparece que en los años de 1827 a 1828, José María Conde remató a censo como pertenecientes a la Escuela de Primeras Letras de Mariquita las tierras "nombradas de Villegas, Santa Rosa, Guarinó, etc.", obligándose el rematador señor Conde, con hipoteca de las mismas tierras, a responder por el pago del principal y réditos de dicho censo. Consta, además, en ese documento que los linderos de las citadas tierras eran los siguientes: 'Desde el paso de la QUEBRADA NOMBRADA LA SABINA, quebrada abajo HTA SU DESAGUE EN EL RIO GUARINO; de éste abajo hta EL SITIO NOMBRADO EL TAMBOR, de este punto que es en la PUNTA DE SERRO que allí estrecha contra el rio, y siguiendo la altura hasta la cumbre, desde la cual se dirige por toda la cima hasta su conclusión, en cuya punta o extremo tiene su origen la espresada QUEBRADA DE LA SABINA, ésta abajo hacia el paso que es el primer lindero. — Las citadas tierras lindan POR LA PARTE DEL PONIENTE con las que llaman EL PINAL, POR EL SUR CON las que llaman comun....te el TRAPICHE DE LOS SEÑORES ARMERO, pro.... (ilegible)..... te con las de SACAMENTIRAS, y pr EL NORTE con el citado río caudaloso de Guarinó".—

13.—Según consta en la escritura sin número de veintiocho de noviembre de mil ochocientos cuarenta y nueve (1849) de la Notaría de Honda (folio 58, cuad. Nº 1), FRANCISCO DE PAULA DIAGO, compró en remate efectuado en once de junio de ese año (1849) el "globo de tierras denominado VILLEGAS", ante el Jefe Político del Cantón de Mariquita, **como pertenciente tal globo de tierras a la Escuela de Primeras Letras de Mariquita.** En tal escritura, aparece también que como Diago había comprado las tierras a censo redimible por seiscientos pesos, **en favor de la Escuela de Primeras Letras de Mariquita,** se obligó a redimir tal censo y sus réditos **en favor de dicha Escuela,** garantizando tal obligación con hipoteca de las mismas tierras a que se refería el remate. En tal escritura, consta, además, que el Jefe Político del Cantón de Mariquita, **autorizado por el Cabildo de esa ciudad,** hizo la siguiente declaración: "Que en virtud de dicha autorización i de haberse rematado ante él como Jefe Político de dicho Cantón, las mencionadas tierras, reconoce como dueño y propietario de ellas **a nombre del Cabildo que lo ha autorizado** — ha subrayado la Corte — al señor Coronel Francisco de Paula Diago, a quien se le ha dado copia certificada de la diligencia de remate, cuyo documento a la letra dice así: " (aquí lo relacionado con el remate).

Debe anotarse que de acuerdo con los Decretos de 21 de diciembre del año de 1822 por los cuales fueron creados el Colegio de San Simón y la Escuela de Primeras Letras de Mariquita, de los bienes asignados para el sostenimiento de estos institutos eran patronos el Intendente del Departamento y el Cabildo de Mariquita.

14.—Según consta en la escritura de protocolización número 1926 de 29 de septiembre del año de 1865 de la Notaría segunda de Bogotá, al comprador de las tierras de "Villegas" señor FRANCISCO DE PAULA DIAGO, se le dio posesión judicial de tales tierras en la forma siguiente:

"En el citio de Villegas a ocho días del mes de febrero del presente año de mil ochocientos cincuenta yo Antonio Albarado, Juez Segundo Parroquial del Distrito de Mariquita i testigo juramentado por falta de escribano a efecto de dar la poseción al señor FRANCISCO DE P. DIAGO de las tierras de Villegas como está ordenado por auto de fecha cinco de enero último asociado de los peritos reconocedores de sus límites que lo son los señores Nicolás Moya i Alejo Plata habiendo estos reconocido el terreno: en presencia de los señores Adolfo Lucubrei, Simón Almazan, Antonio María Monrroi, i del señor Francisco de P. Diago apoderado de la Sra. Catarina Veloza como así lo ha manifestado a este Juzgado todos colindantes citados no habiendo asistido los

señores Síndico del Colegio Francisco E. Lucena y Ramón Sabate personero Parroquial de Mariquita después de haber sido también citado como así consta de diligencias que corren en este expediente; dichos peritos dijeron que los linderos que según su leal saber i entender les son conocidos a las tierras de Villegas son los siguientes. Del serro del Tambor o Caicedo a donde se estrella el río de Guarinó contra esta peña, Guarinó aguas arriba hasta la boca de la quebrada de Sabina, de ésta línea recta a las cabeceras de la laguna de Guasusé de éstas linea recta a la quebrada de Chiminá frente a la boca del amagamiento de la danta en tierras de San Antonio donde se haya una ceiba marcada i frente a ella en tierras de Villegas un ciruelo hovo también marcado la primera con esta cifra E i el segundo con ésta, Chiminá aguas abajo hasta su confluencia con Gualí, i retrosediendo por la misma quebrada arriba hasta llegar a la boca de la quebrada denominada del Tigre que se halla a mano derecha i por ella agua arriba hasta llegar al borde bajo del serro denominado Mesa de Palasios y de éste línea recta al espresado serro del Tambor o Caicedo, cuyos linderos habiéndolos paseado i examinado le dí por ellos poseción de las citadas tierras de Villegas al señor Francisco de Paula Diago en presencia de -dhos. colindantes presentes en cullo acto dijeron los señores Antonio María Monrroi y Simón Almazan que se oponían a esta poseción el primero por lo que hace al lindero expresado de la Mesa del Palacio línea recta a caer a Chiminá agua abajo hta, a la boca de la quebrada del Tigre, i el segundo por lo que toca a una quebrada, que baja de la Mesa de los Palacios de la serca de piedra hta Chiminá esta agua abajo tha. su desembocadura en Gualí quienes ofrecieron mejorar su opocición en el tiempo legal que les fija la lei i yo a efecto de dar cumplimiento a la comision que se me ha conferido dije al señor Diago que estaba de ellas poseionado quien en señal de poseción y lejítimo dueño de esta propiedad arrancó llervas, y tiró piedras en dho. terreno en señal del dominio i señoría que a ellas ha adquirido. Con lo cual se concluyó esta diligencia que firmo con el posecionado, colindantes presentes, peritos i testigos de esta actuación por falta de escribano. Advirtiendo que el trabajo de hoy ha sido de diez horas por haber tenido que pasiar los últimos linderos. — (firmado) — Antonio Alvarádo, — F. de P. Diago. Yo mandado de mi Sr. padre, — José A. Monrroi — Simón Almazán. — Adolfo Lucubrei — A ruego de Alejo Plata. — José A. Monrroi. — Nicolás Moya. — Tgo. José Nieves Lee. — Tgo. — Antonio Uriza. — ..... Señor Jefe Político. — Franco. de Paula Diago ante U. respetuosamente digo: que para efectos que me convienen se ha de servir certificar a continuación el modo como se verificó en mí el remate de las tierras nombradas de Villegas pertenecientes a la escuela de este Distrito, para poder hacer uso en el papel correspondiente de la accta del remate. — Mariquita, 27 de novbre. de 1849. — (Firmado) — F. de P. Diago. — José María Barrionuevo, Jefe Político del Cantón de Mariquita &: CERTIFICO que en el libro correspondiente de actas de puso la del remate de las tierras de Victoria de la manera siguiente: 'En la ciudad de Mariquita, a once de junio de mil ochocientos cuarenta i nueve el Sor. Político del Cantón pasó a la sala del Cabildo de esta ciudad con el objeto de celebrar el remate de las tierras nombradas Villegas, citas en esta jurisdicción, i se procedió a dar los pregones preparatorios citando a remate diciendo por voz del pregonero: quien quiera hacer postura a las tierras de Villegas que reconocen un principal de seiscientos pesos fundados sobre ellas en favor de la Escuela de primeras letras de esta ciudad parezca, que se le admitirá la que hiciere que se han de rematar hoi, a cuya voz se presentó el Sor. Clemente Tenorio manifestando como encargado por el Sr. Luis Silvestre: que este señor había hecho postura al principal,

por la cual se dio el primer pregón y después hubo algunas pujas hasta llegar a la cantidad de ochocientos cincuenta pesos entre dicho señor i el señor Ramón Ortega; mas habiéndose presentado el señor Coronel Francisco de Paula Diago haciendo la postura siguiente: dar seiscientos pesos que es el principal que reconocen las tierras, asegurándose con ellas i con fiador i principal pagador que lo es el señor Diego A. Viana, comprometiéndose ha hacer la redención dentro de dos años, dando la mitad del valor en cada año cumplido i su rédito correspondiente: en este caso el Jefe Político preguntó al señor Clemente Tenorio y señor Ramón Ortega, si no siendo vecinos del Distrito, podían cumplir con el tenor del artículo tercero del decreto gubernativo de veinte i siete de octubre de mil ochocientos cuarenta i ocho, el cual dice así: 'Ningún remate podrá verificarse en persona que no sea del Distrito, a menos que presente un fiador, lego, llano i abonado, que se constituya principal pagador i a satisfacción de la respectiva autoridad política, ante la cual se celebra el remate'. I no habiendo podido dar ninguno de los señores Tenorio u Ortega el fiador de que habla el artículo citado, quedó vijente la postura del señor Coronel Francisco de Paula Diago, por la cual se remató no habiendo habido quien mejorase la postura, previos los pregones legales. — El Jefe Político,—José María Barrionuevo. — Francisco de P. Diago. — Diego A. Viana. — El Secretario de la Gefatura.—Eugenio Arce'.— En virtud del pedimento que la motiva doi la presente en Mariquita a veinte i siete de noviembre de mil ochocientos cuarenta y nueve. — (firmado) José M. Barrionuevo. — El Secreto.—J. Ma. Carimiro Lee.—Queda registrado en el Oficio de registro, i anotación del Cantón de Honda, al folio treinta vuelto del libro de registro del presente año, hoi doce del mes de diciembre del año de mil ochocientos cuarenta i nueve. — (Firmado) — Franco.—Agudelo. — Señor Juez Letrado del Circuito. Franco de P. Diago ante U. con respeto digo: que habiendo comprado en remate público las tierras de Villegas en el Distrito de Mariquita i nececitando de una formal y legal pocesión de ellas para que los colindantes reconozcan los linderos, pido U. que citando al Síndico o apoderado del Colegio de San Simón al Personero del Distrito de Mariquita por lo que pueda convenir a los del partido de Victoria a la viuda del S. Justino Gondot señor Simón Almasán, Antonio Ma. Monroy encargado de las tierras proindiviso de la Mesa de los Palacios i al señor Adolfo Lecoubreur, para que con sus títulos asistan a la referida posesión. — Onda 13 de Dibre. de 1849 — (Firmado)—F. de P. Diago.— ... ... Para su constancia firma la presente diligencia con los testigos instrumentales que lo fueron los señores Nicolás Barón i ... (fdos.) Bárbara de Diago. — Nicolás Barón. — Julio Vargas,—Ante mí,— Narciso Sánchez,—Not. 2º".

15.—Como al efectuar la compra de las tierras de "Villegas" en 1849, el rematador Diago solo redimió la mitad del Censo de seiscientos pesos que las gravaba en favor de la Escuela de Primeras Letras de Mariquita, ya en posesión de esas tierras según se vio por el documento que queda citado en el párrafo anterior, y habiendo obtenido permiso del censo en tiempo futuro, mediante el reconocimiento de los réditos de un cinco por ciento anual, Diago otorgó con el Alcalde de Mariquita, quien la aceptó, la escritura Nº 1 de 26 de febrero de 1853 (f. 56, cuad. Nº 1), en la cual confirmó tal obligación. En esa escritura se volvió a hacer mención detallada de los linderos de las tierras de Villegas y a afirmar que habían sido "compradas en pública almoneda a la **Escuela de Primeras Letras de Mariquita**", en la siguiente forma:

"...desde el Cerro del Tambor o Caicedo a donde se estrella el río Guarinó contra esta peña, Guarinó aguas arriba hasta la boca de la quebrada de la Sabina, de esta línea recta a las cabeceras de la

Laguna del Guaricé, de estas línea recta a la Quebrada de Chiminá frente a la boca del amagam... (roto)...to de la Danta en tierras de San Antonio donde se halla una seiba marcada i frente a ella en tierras de Villegas un siruelo hobo también marcado, la primera con esta cifra F, i el segundo con esta ◇, Chimaná aguas abajo hasta su confluencia con Gualí i retrocediendo por la misma quebrada arriba hasta la voca denominada del Tigre que se halla a mano derecha i por agua arriva hasta llegar al borde bajo del cerro denominado Mesa de los Palacios, i de este línea recta al espresado Tambor o Caicedo".

16.—Por medio de escritura número 52 de la Notaría de Honda, de fecha primero de junio de 1870, Francisco de Paula Diago, vendió una parte del globo de tierras de "Villegas" a Alejandro Rodríguez Ugarte. La parte vendida, se individualizó o determinó así en la expresada escritura (folio 50, cuad. Nº 1):

"Un globo de tierra, que desde hoy se llamará 'La Industria', comprendido entre el denominado de Villegas en jurisdicción de la Aldea de Mariquita, por los linderos siguientes: desde la desembocadura de la quebrada de Villegas en el río Guarinó; río Guarinó arriba hasta enfrentar con la cabecera del 'Llano de Villegas' en que actualmente existe una cerca de Guaduas, y en cuyo punto se fijará un mojón; de allí, línea recta hacia el Sur hasta llegar a la cima de la loma; siguiendo por esta cima en la misma dirección de la corriente del río Guarinó, hasta enfrentar con la desembocadura de la quebrada de 'Villegas'; y desde este punto, en línea recta hasta el primer lindero expresado".

En la escritura de que se trata, consta que Diago, por cuanto aún era deudor del resto del principal del censo a que se había referido en la escritura Nº 1 de 26 de febrero de 1853, ya citada en el párrafo número 17 del presente fallo, declaró, además lo siguiente:

"Que no tiene vendido, enajenado ni empeñado a otra persona el globo de tierra materia de este instrumento. Segundo: Que está libre de todo gravamen, censo o hipoteca, pues aunque el todo de la tierra de que hace parte, lo tiene de doscientos ochenta pesos, el otorgante se reserva el gravamen y reconocimiento de esta suma en el resto de las tierras que quedan de su propiedad en dicho globo; y en todo caso se compromete a redimir".

La parte de las tierras de Villegas vendida a Alejandro Rodriguez Ugarte, quedaba, pues, según esa declaración, libre del valor del resto del censo, para subsistir éste en la parte de las mismas tierras que se reservaba el vendedor Diago, quien en la escritura de 26 de febrero de 1853 se había comprometido "a no enajenarlas sin que el comprador se haga cargo de dicho censo y se sostituya (sic) en las obligaciones a que se constituye por esta escritura si antes el otorgante no hubiere redimido el censo".

17.—De Alejandro Rodriguez Ugarte (año de 1870) hasta el Conde de Podewils Duerniz (venta que le hizo Ernesto Pehlke por escritura de 27 de junio de 1931 de la Notaría 4ª de Bogotá), siguen en forma continua y normal las diferentes ventas hechas de las denominadas tierras de "LA INDUSTRIA" o "LLANO DE VILLEGAS".

18.—Tienen, pues, como origen, esas tierras, además de la merced concedida a Juan de Villanueva en 1586 y 1587 y el precitado remate hecho en favor de José María Conde, la adjudicación hecha al Convento de Santo Domingo, de Mariquita, el 17 de octubre de 1820, según el documento (folio 65, cuad. Nº 1) ya mencionado en otro lugar del presente fallo; mas para las conclusiones a que habrá de llegar la Sala, se cita desde ahora tal documento integramente. Su texto es el siguiente:

"Señor Juez 1º del Circuito de Honda,

"J. Gregorio Hurtado, mayor de edad, vecino de esta ciudad, hablando en mi propio nombre, con todo respeto solicito de usted se digne ordenar que, por el señor Secretario de su Despacho, se me expida

copia autorizada de la hijuela o adjudicación verificada por el Gobernador de la Provincia de Mariquita a favor del Convento de Santo Domingo, de las tierras de Arrayanal y Villegas, que obra en el juicio seguido por el señor Francisco E. Lucena contra la Escuela de Mariquita, sobre propiedad y posesión de dichos predios, folios 51 y siguientes, expediente que se encuentra en el archivo de 1831.— Señor Juez, atentamente, —Honda, agosto 25 de 1938.—(fdo.) J. Gregorio Hurtado. — Septiembre 1º/1938. — Recibido va al Despacho del Sr. Juez. — Firma ilegible del secretario. — Juzgado 1º del Circuito. — Honda, primero de septiembre de mil novecientos treinta y ocho. — A costa del peticionario expídase la copia que se solicita. — Cúmplase. — Firmas ilegible del Juez y del Secretario.—

"El suscrito Secretario del Juzgado primero del Circuito, en cumplimiento a lo ordenado en el anterior auto, expide a continuación la siguiente copia:

'Sr. Gobernador del Cantón. — El personero Municipal de este Cantón en defensa de la propiedad de la escuela de primeras letras sobre el terreno de San Anto y arrayanal, dentro del término probatorio (ilegible) que aunque el señor Lusena se ha cansa-do de florecearme en su último Escrito sacando a consecuencia documentos que nada dicen en favor de la propiedad que sueña tener a las mencionadas tierrs pr que como tengo provado ante él ya no puede (ilegible) Dro. de propiedad a ellas por estar dudando de documentos que acreditan con (ilegible) que la propiedad que la parte contraria alega, y para probar que se han adjudicado al Convento de Santo Domingo, y hoy a la escuela de primeras (roto) de esta ciudad, a quien hoy con verdad pertenecen, Sírvase V. con citacn consta mandar se saque copia de la hijuela en que consta la adjudin, y hacer que dicha copia se reserva pa su debido tiempo lo cual mediante A. V. suplico provea como solicito. — Mariqta 17 de Dic. de 1939.— Saturnino Ramirez'. — Como lo piede: con citación. — Roldán. — Proveyose por el señor Juez segundo Canton de Mariquita, diez y siete de diciembre de mil ochocientos treinta y nueve. — Tgo.—Murillo.— Tgo. Lee.— En diez y nueve de los corrientes notificamos al personero, impuesto firma. Ramirez. — Tgo.—Murillo.— Tgo. Lee. — En veinticuatro de enero notificamos el anterior decreto al Sr. Francisco Lucena. — Tgo. — Murillo.—Tgo. Lee.—

"HIJUELA.—En el mismo día en virtud de lo mandado en el anterior decreto, procedo a formar el reparto qe se me previene en la forma siguiente:

Al Convento de Santo Domingo de esta ciudad.

El potrero nombrado Villegas en seiscientos pesos ... ...$	600
El potrero llamado el (roto) rrayanal, sus linderos desde el paso de Chiminá, hasta el embarque de esta en el río Gualí y de éste aguas arriba hasta inmediato a las sementeras de la hacienda de San Antonio. En ochocientos pesos	800
La esclava Pantaleona en ciento veinticinco pesos	125
El esclavo Valentín como de edad, de diez años en cuarenta pesos	40
Los tres cuadros de nuestra señora de la (roto) cepción (sic) el de los Dolores y San Juan Nepomuceno en veinticuatro ps. quiteños	24
Una campanita de cobre de Iglesia, en un peso	1
$	1.590

Con lo cual es concluída esta diligencia, respecto a qe las antecedentes partidas importa mil quinientos noventa pesos; cuya cantidad es la misma que el R. P. F. Pío Buitrago reclama por su último Escrito y que (ilegible) decreto catorce del corriente se previene se tenga presente para su satisfacción.—Vicente de la Guar-

dia. — Es fiel copia de la que existe original en el expediente de este asunto y para que le sirva de suficiente documento de propiedad al R. P. F. Pío Buitrago (roto) del Convento de Santo Domingo de esta ciudad le doi el presente que firmo en Mariquita a diez y siete de octubre de mil ochocientos veinte. — Felipe G. Alvarez del Pino. — Tgo. Juan José Roldán.—Dámaso Platas. — Es fiel copia de su original que se halla en este archivo a que en caso necesario me remito esta cierta y verdadera y firmo con los testigos (ilegible) por falta de Escribano en Mariquita a veinte y uno de enero de mil ochocientos cuarenta. — Ildefenso Roldán.— Tgo.—Marcos Murillo. —Tgo. Felix Lee".

"Es fiel copia tomada de su original".

La Sala reconoce que si bien a este único documento, aisladamente considerado, podría hacérsele el reparo que le hicieron el Ministerio del ramo y el señor Procurador, agente del Ministerio Público, acerca de que no es suficientemente preciso para evidenciar la completa determinación y ubicación de las tierras en él denominadas "El potrero nombrado Villegas", y "El potrero llamado el... (roto)...rrayanal, sus linderos desde el paso de chiminá hasta el embarque de ésta en el río Gualí y de éste aguas arriba hasta inmediato a las sementeras de la Hacienda de San Antonio...", sí considera ella que la relación que guarda tal documento con los demás que quedan ya citados, y con los otros que después se citarán, es tan clara y estrecha, que no puede menos que aceptarse que las tierras a que él hace referencia, son las mismas "nombradas VILLEGAS, SANTA ROSA, GUARINO, &", que como de propiedad de la Escuela de Primeras Letras de Mariquita, fueron rematadas a censo, primeramente, por José María Conde en el año de 1828, con los linderos en ese remate expresados, y, después, en once de junio del año de 1849, por Francisco de Paula Diago, o sea, después de haberse pronunciado la sentencia de fecha 25 de mayo de 1849 en el juicio sobre dominio y posesión de las tierras de SAN ANTONIO Y ARRAYANAL promovido por Francisco E. Lucena contra la Escuela de Primeras Letras de Mariquita, tierras en cuya tenencia estaba en esa época, según se ve, dicha Escuela, y "a cuyo favor habíanse aplicado los bienes del Convento suprimido de Sto. Domingo de aquella ciudad", según se lee también en tal sentencia pronunciada en ese juicio, en el que actuó en representación de la citada Escuela el Personero del Cantón de Mariquita.

El documento de que se trata es del tenor siguiente:

"SENTENCIA.—Vistos. — El presente expediente ofrece la historia que sigue: El padre jesuita Pedro Ruiz Montero fundó un patronato de legos o memorias de misas por escritura otorgada en esta ciudad en 20 de abril de 1.741 de valor de 2.000 pesos, y sobre lo que le correspondió de herencia por muerte de sus padres Pedro Ruiz Montero y María Fernanda Gaitán, estableciendo debía de reconocer el principal de dichos 2.000 pesos su legítimo hermano Francisco por todo el tiempo que fuera inquilino y hasta que tuviera lugar la redención, imponiéndose después a voluntad del patrono cuyo encargo confió al reverendo padre Rector del Colegio existente en esta ciudad y de Pedro Ignacio Ruiz Montero primer capellán, hijo del expresado don Francisco su hermano y de Josefa Correcha, a quien impuso la obligación en su calidad de tal mandar decir cierto número de misas, y para que cuando éste falleciese llamó en su lugar y con igual carga a los hijos de don Félix Lee de Flórez y de doña María Salvatierra; y por falta o ausencia a los descendientes de Ana María, Ursula y Francisco hermano del fundador, prefiriéndose al más necesitado y viniendo al goce las mujeres a falta de varones. Apoyados en aquella escritura y habiendo muerto el primer capellán optaron derecho Antonio y Gertrudis Portela, Teresa Ceballos y José Ignacio Lucena, y después de llmar por edictos a to-

dos los otros que se creyeran con derecho se dictó auto en 23 de abril de 1814, en favor del último, mas ya por lo que se ve del escrito de fojas 36, y ya por lo que resulta en otras partes del expediente, no disfrutó de la fundación a consecuencia de concurso seguido contra los bienes de Miguel Navarro que se distribuyeron sin deducir los 2.000 pesos del patronato.— Lucena promovió juicio de nulidad en 23 de octubre de 1820, pero habiendo quedado aún sin contestar el libelo de demanda, y habiendo fallecido; (sic) su hijo José Eufrasio haciendo valer los documentos presentados por su padre pidió posesión de las tierras denominadas "San Antonio" y "Arranal" que se le mandó dar en 29 de noviembre de 1837 con los requisitos del artículo 225 de la ley 1ª parte 2ª Tratado 2º de... (roto) R. G., el Personero público de Mariquita contradijo fundándose en que su valor correspondía a la escuela de primeras letras a cuyo favor habíanse aplicado los bienes del convento suprimido de Santo Domingo de aquella ciudad y ventilada la posesión referida por sentencia pronunciada con dictamen de asesor se le declaró a la escuela dejando derecho a salvo a Lucena para perseguir la propiedad. — Tal sentencia fue consentida, se entabló, guer, (sic) el juicio petitorio en el cual cada una de las partes ha alegado y producido las pruebas que han creído convenientes y sobre este punto es que el Juzgado toca resolver y considera: 1º que ventilándose una acción real, tocaba al que la intentó probar el dominio de la cosa y que un tercero la posee o detiene; 2º—Que sobre el primer punto no existen sino las declaraciones de Vicente Lee y las certificaciones de fojas 8, que no tienen mérito alguno porque habiéndose producido en el juicio después de promulgada la ley 4ª Parte 1ª Tratado 2º de... (roto) R. G., han debido ratificarse con juramento en término probatorio con citación de la parte contraria; fuera de que tratándose de comprobar parentesco con el fundador, debió ocurrirse a las pruebas directas cuales eran las respectivas partidas de bautismo dejando para último caso las supletorias de que se ha querido hacer uso; 3º—Que por tal razón y no habiendo en favor de Francisco Eufrasio otro dato que el de ser hijo de José Ignacio Lucena, no consta el derecho que tenga en la cosa litigiosa; 4º—que aparte de esto la fundación se hizo sobre haciendas ubicadas en jurisdicción de Mariquita, sin determinar límites y no consta que los terrenos que se demandan hagan partes (sic) de aquellas, debiendo antes suponerse fueran del poseedor Miguel Navarro, quien tampoco aparece probado que fuera reconocedor y se le entregaran los 2.000 pesos del patronato,—5º Que el auto de fojas... (roto) 25 no da tampoco dominio, ya porque no se hizo notificación a las partes y ya porque aun cuando se hubiera hecho probaría derecho no a las tierras de San Antonio y Arrayanal sino a gozar de la memoria de misas.—6º Que tanto menos podría declararse la propiedad cuando consta que a la escuela se le adeudaba la cantidad que se indica en la certificación de fojas 129 y 130: cuando por las declaraciones de dos testigos que hacen la prueba de la ley 23 Título 16 Partida 3ª, aparece que la escuela obtuvo los terrenos por sentencia de autoridad competente: cuando de autos resulta que el finado Ignacio Lucena tuvo conocimiento y pudo y debió en el concurso gestionar los derechos que ahora litiga su hijo, y últimamente cuando pudo impedir la ejecutoria de tal sentencia; 7º Que no habiéndose dirigido el actor contra todos los poseedores para que declarada la nulidad se graduaran las acreencias, quitando los terrenos a la escuela resultaría que perdía su derecho cuando los demás bienes quedaban a otros, no siendo justo ni equitativo que sufra las consecuencias de aquella negligencia, agregándose que tal expediente de concurso el Juzgado no tiene a la vista, y 8: finalmente, que teniendo la escuela la posesión en el presente caso está a su favor la ley 28, Título 12 Partida 3ª que se expresa así: 'Pro muí

grande nasce a los tenedores de las cosas quier las tengan con derecho o non, ca maguer los que quelas (sic) desmandasen dexiesen que eran suyas, si non la pudiesen probar que les pertecie (sic) el señorío de ellas, siempre finca la tenencia en aquellos que las tienen &'.—Por tales consideraciones y administrando justicia a nombre de la República y por autoridad de la ley se declara no haberse probado el dominio de las tierras de San Antonio y Arrayanal, y que en consecuencia la escuela de Mariquita debe seguir en la tenencia respectiva. Y Notifíquese. — Testado 'que' no vale—Emendado 'seguir'—Vale.—(FIRMADO) Juan Nepomuceno Iregui'.—

"Proveído por el señor Juez Letrado de Hacienda de la Provincia. — Honda, veinticinco de Mayo de mil ochocientos cuarenta y nueve. — (Firmado) FELIX NAVARRO Esc.".

19. — Conviene, asimismo, transcribir el siguiente documento que también se ha aducido como prueba:

"Sr. Juez 2º de 1ª Instancia.—

"José Montero personero público de este Cantón ante Ud. conforme a derecho digo: que para que se persuada Ud. de la justificación que tiene el establecimiento de la escuela de esta ciudad no necesita otra cosa sino que dé una ojeada a la testificación del señor Romualdo Guzmán como administrador que fue de las rentas de los suprimidos a fojas 54, y la siguiente del señor Juan José Roldán, y verá por ellas que por addicación (sic) que le hizo el Gobernador Político de la Provincia a los conventos de las tierras en que consistía la hacienda que poseyó don Miguel Navarro, desde el año de 1820, ha estado en posesión de las denominadas "San Antonio" y "Arrayanal" como las de Villegas el Convento de Santo Domingo que en el día se nombran de la escuela.—Por decreto del Poder Ejecutivo en 22 de diciembre de 1822, se aprobó la djudicación a un establecimiento de beneficiencia y de piedad como es la enseñanza de la juventud, y no pudo S. E. el Tribunal del Distrito revocar la disposición del Gobernador doctor Felipe Alvarez del Pino, sin que hubiese causado despojo como así lo declara en su auto de 11 de noviembre de 1825, a foja 30. En concurso de acreedores por el término que establece la ley fue cubierto del principal de 1.400 pesos en las referidas tierras de San Antonio, y Arrayanal y Villegas el citado Convento de Santo Domingo, y ni en aquel tiempo en que fueron llamados los opositores a la Capellanía no compareció el señor Lucena ni en el discuro de 10 años que ha estado en posesión la citada escuela no quiso usar de su derécho sino que cuando ha ocurrido ha sido extemporáneamente después de haberse transcurrido todos los términos señalados. Con este motivo ya ha prescrito el derecho del pretendiente Sr. Francisco Eufrasio Lucena de obtener la Capellanía que reclama. — Además de esto ya no existen los fundamentos en que estaban asegurados los dos mil pesos de la Capellanía que fundó el P. Pedro Ruiz Montero pues estaban afincados en haciendas de ganado, bestias, bueyes, ramadas, trapiches con todos los útiles necesarios, esclavos, casas de viviendas, cañaverales, y cacaguales & véase la línea 17 de la foja primera y se desengañará Ud. que el señor Lucena no tiene derecho ninguno a quitarle a la escuela sus propiedades de que se sostiene la necesarísima y privilegiada enseñanza de primeras letras. — Por tales fundamentos V. se ha de servir declarar sin lugar la pretensión del citado Sr. Lucena para que en adelante no moleste y turbe la tranquilidad de la posesión de las citadas tierras de San Antonio y Arrayanal, porque de lo contrario sería derribar los fundamentos con que se sostiene dicha escuela. — Por tanto A. V. suplico provea y mande conforme a la solicitud de este ministerio como encargado por la ley, y es de justicia que en lo necesario haga las protestas que sean convenientes de derecho &'.—Mariquita, abril 4 de 1838. (Firmado JOSE MONTERO'.

"Es copia tomada del archivo de este

Juzgado correspondiente al año de 1839—expediente Nº 145, folio 23 y 23 vto. (Juicio de Francisco Lucena v. Escuela de Mariquita)".

20.—Por otra parte, y en lo que se relaciona con las llamadas tierras de EL PINAL Y GUASUCE, ubicadas también dentro de los mismos límites generales arcifinios que como linderos se señalaron a la merced concedida a Juan de Villanueva debe citarse el documento por medio del cual fueron adjudicadas al Convento de San Francisco de Mariquita, también en 17 de octubre de 1820 (folio 85 v. a 86, cuad. Nº 1), o sea, el mismo día en que las de "Villegas y Arrayanal" les fueron adjudicadas al Convento de Santo Domingo de la misma ciudad. Dice así tal documento:

"Sr. Juez del Circuito. — El insfranscrito Síndico del Colegio de San Simón de esta provincia ante Ud. muy respetuosamente digo: Que se ha de servir Ud. ordenarle al señor Secretario del Juzgado me expida copia a continuación de esto copia de la diligencia de adjudicación que le hizo el Convento de San Francisco de las tierras del "Pinal" "Guasucé" por el Gobernador político Dr. Gregorio Alvarez del Pimio. — Honda, 8 de junio de 1857. — Santiago María Vela. — 'En el mismo día en virtud de lo mandado en el anterior decreto proveo a formar el reparto que se previene en la forma siguiente:

"Al Padre guardián de San Francisco:

"El potrero del "Piñal" i (sic) "Guasucé" hasta "Chiminá en cuatrocientos pesos.. . .$	400.00
Una imagen de nuestra Señora de los Dolores Quiteña (sic) con su cadena, i (sic) espada de plata en treinta pesos en su silla de cajón de nicho, mesa i frontal de madera.	30.00
Un fondo de cincuenta pesos.	50.00
Al negro viejo Juan Santos veinticinco pesos.	25.00
Trece pesos un real i cuartillo que se debe entregarle en dinero la cinda Salomé Armero que resultaron en especies en su despacho	13.1 ¼
Cuatro arcánjeles de retablo de medio cuerpo al dos pesos.	8.00
El singulo en dos pesos	2.00
	$ 528.1 ¼

"Suman las partidas que anteceden la cantidad de quinientos veintiocho pesos uno i cuartillo reales i siendo la del principal, i reditos correspondientes al citado Convento del Señor San Francisco de quinientos veintisiete pesos con seis reales, resta el padre Guardián en favor de la causa, Mariquita diez y siete de octubre de mil ochocientos veinte (hai aquí una palabra que no se entiende (sic).—Vicente de la Guardia. — Es copia legal de la que existe original en el expediente de su asunto. Y para que le sirva de suficiente documento de propiedad al R. P. Guardián Fr. Francisco Vargas, le doi el presente que firmo en Mariquita a diez y siete de octubre de mil ochocientos veinte. — Felipe G. Alvarez. Pino. — Testigo. José Dámaso (el apoderado no se entiende). — Es copia del original que corre a la foja treinta y ocho del expediente del juicio promovido por el señor Francisco Eufracio Lucena, sobre las tierras de la hacienda de "San Antonio", que reposa en esta oficina. — Honda, junio de mil ochocientos cincuenta y siete. — El Secretario. — J. E. Perdomo". ———

"Oficina de Registro del Circuito. — Honda octubre dos de mil ochocientos ochenta. — En virtud de lo que se dispone el Artículo 2746 y a su referente 2743 del Código Civil, procedió el insfrascrito a inscribir el registro de este hijuela, el cual queda hecho de la foja ciento veintiocho a la ciento veintinueve, del libro Nº 2º—, bajo el número ciento sesenta y dos. El Registrador — Nicanor Guerra. ———

"Es copia del cuaderno de TERCERIA EXCLUYENTE, propuesta por el apoderado del Colegio de San Simón, en relación con el juicio que se ventilaba en ese tiempo contra los terrenos de 'La Teta' y el 'Pinal' ".

21.—Consta en autos que de los mencionados terrenos de Piñal y Guasucé fue dueño el Colegio de San Simón de Ibagué hasta el quince de diciembre de 1889, fecha en que los compró en pública subasta ante el Juez Municipal de Mariquita, "como pertenecientes a tal Colegio", el sr. SERAFIN QUESADA, a quien se le dio posesión judicial de tales terrenos en los días diez y once de junio de 1890, según se comprueba con los siguientes documentos que obran a folios 76 a 80 del cuaderno número 1:

"INSTRUMENTO NUMERO OCHENTA Y SIETE. — En el Distrito Municipal de Honda, Departamento del Tolima, República de Colombia, a diez y siete de febrero de mil ochocientos noventa y dos, ante mí Guillermo Parra, Notario Público del Circuito de Notaría de Honda y los testigos instrumentales señores Henrique Ibáñez y Eudoro Aguirre, varones, mayores de edad y vecinos del mismo Circuito, de buen crédito y en quienes no concurre impedimento legal, compareció el señor SERAFIN QUEZADA, varón, mayor de edad y vecino de este Municipio de Honda, a quien certifico que conozco personalmente y expuso: que presenta para su protocolización en el Registro de instrumentos públicos de este año las dilijencias de remate de los terrenos del PINAL y GUASUCE, situados en jurisdicción del Distrito Municipal de Mariquita, la aprobación de dicho remate y la diligencias de entrega material de los expresados terrenos constantes en ocho fojas escritas, y para que se expida la copia o copias que solicite; dichas dilegencias dicen así: "Petición. — Señor Juez del Circuito de Honda. — Yo Serafín Quesada, vecino de este Distrito y mayor de edad, ante Vd. con todo respeto represento: El quince de Diciembre último, rematé en pública subasta, ante el señor Juez Municipal del Distrito de Mariquita, comisionado al efecto, el terreno de PINAL y GUASUCE, de propiedad del Colejio de San simón de Ibagué y ubicada en dicho distrito de Mariquita, por la cantidad de cuatrocientos cincuenta pesos; los cuales he consignado en la Sindicatura del expresado Colejio, según lo acredita el certificado que me ha expedido el señor Síndico de aquel establecimiento, y que con la solemnidad debida acompaño a la presente solicitud. En tal virtud pido a Ud., apruebe el referido remate; mande registrar la dilijencia que lo contiene; y comisione al señor Juez Municipal de Mariquita, para que me haga la entrega material de terreno en referencia librando para ello el despacho correspondiente; lo cual practicado, Ud. dispondrá también como lo solicito que se me expida copia, para que sirva de título de propiedad, de la dilijencia de remate aludida, del auto aprobando este, de su rejistro en la oficina respectiva y de escrito como el auto que recayere; todo lo cual por ser de justicia espero de su justificación. — Honda marzo veintisiete de mil ochocientos noventa. — Serafín Quesada.—NOTA DE PRESENTACION. Presentado por el señor Serafín Quesada al suscrito secretario del Juzgado del circuito en veintisiete de marzo de mil ochocientos noventa, pasa a la mesa del señor Juez, para la audiencia del veintiocho.— Juan de la C. Quesada—Srio, en propiedad. — AUTO. — Juzgado del Circuito.— Honda doce de abril de mil ochocientos noventa. — Vistos: — Habiendose verificado con las formalidades legales el día quince de diciembre último, el remate de los terrenos de "PIÑAL Y GUASUCE" en el señor Serafín Quesada por la suma cuatrocientos cincuenta pesos, la cual entregada al síndico del colegio de San Simón de Ibagué según consta del adjunto certificado, puesto que esos terrenos eran pertenecientes a dicho colegio; el juzgado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, aprueba el mencionado remate

de los terrenos de "PIÑAL y GUASUCE" que se hizo el citado día quince de diciembre próximo pasado ante el señor Juez del distrito municipal de Mariquita. — Se registrará la diligencia del remate expresado, y se debe expedir al rematador la copia de esa diligencia, conforme al artículo 1072 del Código Judicial; de la nota de Registro; del presente auto, y del anterior escrito.—Y se comisionará al señor Juez municipal de Mariquita, para que le haga al rematador señor Serafín Quesada, la entrega material de los terrenos enunciados, para lo cual se librará el respectivo despacho. — Notifíquese y copiese. — Reyes Neira. — Juan de la C. Quesada. — Srio. en ppdad. — NOTIFICACION. — En diez y ocho de abril de mil ochocientos noventa notifico el auto anterior al señor Serafín Quesada e impuesto firma. — Serafín Quesada.—Juan de la C. Quesad ario. en ppdad. — NOTA.—En diez y ocho de abril de mil ochocientos noventa, se copió el auto anterior en libro respectivo, bajo el número 55.— Quesada srio. en ppdad. — DILIGENCIA DE REMATE. — En el distrito municipal de Mariquita, a las diez del día quince de diciembre de mil ochocientos ochenta y nueve, se constituyó el señor juez con el suscrito secretario en la sala del despacho, con el objeto de dar principio a la diligencia de remate de los terrenos de "PIÑAL Y GUASUCE" que debe tener lugar en este día, una vez que han precedido todas las formalidades que para tal objeto deven observarse; y habiendo dado los pregones correspondiente anunciando dicho remate, se presentó el señor Serafín Quesada como postor presentando para ello los pliegos de propuesta y de fianza de caución, haciendo postura a dichos terrenos "PIÑAL Y GUASUCE", por el valor de su avalúo que es de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450). Dada lectura de dicha propuesta y de la caución de fianza de quiebra, el señor Juez en vista dq eue el fiador presentado por el proponente abonado, vecino de este lugar y reúne las cualidades apetesibles para responder como tal fiador lo aceptó, y en consecuencia hizo pregonar la postura hecha por el señor Quesada, admitiendo como tal fiador al señor Celestino Macias, con cuyo documento de fianza acompañó la respectiva certificación del señor Colector de Rentas, de estar a paz y salvo con las rentas del Departamento. — Publicada la propuesta de cuatrocientos cincuenta pesos hecha por el expresado señor Serafín Quesada, a voz de pregonero cuyo oficio desempeñó el señor Rafael Ramírez no se presentó ningún otro postor a hacer puja alguna. — Repetidos los pregones de dicha postura por el espacio de más de una hora, no concurrió ningún otro postor; por lo cual y siendo ya más de las tres de la tarde sin que se haya presentado ninguna persona a mejorar la postura, el señor Juez llamó a voz del pregonero, a la una, a las dos y a las tres, sin que tampoco hubiera concurrido ningún otro postor, por lo que el señor Juez declaró el remate de las tierras de PIÑAL Y GUASUCE en favor del señor Serafín Quesada, con lo que se concluyó la presente diligencia que firman el Rematador, el fiador con el señor Juez y el Secretario. Quedando inteligenciados que el presente remate debe ser aprobado por el señor Juez del Circuito de Honda sin cuyo requisito no podrá llevarse a efecto para lo cual se le remitirán agregando a este espediente los documentos de fianza de caución y el de la propuesta con el certificado del señor Colector.—Lucio M. Gayón. — Serafín Quesada. — Celestino Macias. — Rafael Ramirez.—José Ma. Moya, ario. into. — NOTA DE REGISTRO DEL REMATE. — Oficina de Registro del Circuito. — Honda mayo primero de mil ochocientos noventa. — Inscribiose hoy, en la vuelta del folio cuarenta y siete del libro número segundo, bajo el número ciento veintidos, el remate aprobado por sentencia fecha doce del mes anterior, de las tierras del PIÑAL Y GUASUCE; habiendose comprobado el pago de un peso ochenta centavos al Fisco en este lugar, por derecho de registro. El re-

gistrador Juan N. Garzón. — Sin derechos. — Es copia de sus orijinales a que me remito caso necesario. — Honda mayo cinco de mil ochocientos noventa.—Juan de la C. Quesada. — Srio en pddad.—Drechos acto 194 C. J. $ 0-50 c/".—"Número 313. — República de Colombia. — Departamento del Tolima. — Poder Judicial—El Juez del Circuito de Honda.—Al señor juez municipal de Mariquita.—Hace saber:—Que a una petición del señor Serafín Quezada, como rematador de los terrenos denominados "PIÑAL Y GUASUCE", que eran de propiedad del Colegio de san Simón, para que se declarara aprobado dicho remate y se le mandara hacer la entrega material de ellos, recayó el siguiente auto: 'Juzgado del Circuito.—Honda, doce de abril de mil ochocientos noventa. Vistos: — Habiéndose verificado con las formalidades legales el día quince de diciembre último, el remate de los terrenos de "PIÑAL Y GUASUCE", en el señor Serafín Quesada por la suma de cuatrocientos cincuenta pesos, la cual fue entregada al síndico del colegio de sn Simón de Ibagué según consta del adjunto certificado, puesto que esos terrenos eran pertenecientes a dicho colegio; el Juzgado administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, aprueba el mencionado remate de los terrenos de PIÑAL Y GUASUCE, que se hizo el citado día quince de diciembre próximo pasado ante el señor juez del circuito municipal de Mariquita. Se registrará la diligencia del remate expresado, y se debe expedir al rematador la copia de esa diligencia, conforme al artc. 1.072 del Código Judicial; de la nota de registro; del presente auto, y del anterior escrito. — I se comisionará al señor juez municipal de Mariquita, para que le haga al rematador señor Serafín Quesada, la entrega material de los terrenos enunciados, para lo cual se librará el respectivo despacho.— Notifíquese y cópiese. — Reyes Neira.— Juan de la C. Quesada ario. en ppdad".— Por tanto se libra a U. el presente para se sirva dar cumplimiento al auto inserto observando las disposiciones legales.—Dado en Honda a dos de junio de mil ochocientos noventa. — Reyes Neira. — Juan de la C. Quesada, srio en pdad. — Al despacho del señor Juez hoy que se recibió. Mariquita junio dos de mil ochocientos noventa.—Feliz Gayón S. ario. en ppdad.— Juzgado Municipal.—Mariquita junio tres de mil ochocientos noventa. — Para cumplir la comisión del señor Juez del Circuito de Honda, enunciada en su auto de fecha doce de abril del corriente año, se dispone: Trasladar el suscrito Juez y su Secretario al punto del PIÑAL Y GUASUCE; notificar personalmente a los colindantes, nombrar de peritos para el acto de la posesión a los señores Gregorio Moya, Miguel Velásquez y Joaquín Gualteros, al efecto se les conferirá la debida posesión y para la práctica de esta diligencia señálase el día diez de los corrientes para dar principio a dicha diligencia a las diez de la mañana. — Notifíquese a quienes corresponda. — Celestino Macias. — Felix Gayón S.—srio. en ppd.—En esta misma fecha, notifico el anterior auto al señor Serafín Quesada como interesado, impuesto firma—Serafín Quesada. — Félix Gayón S. srio en ppdad. — En Mariquita cuatro de junio de mil ochocientos noventa, presente en el Juzgado los peritos nombrados señores Gregorio Moya, Joaquín Gualtero y Miguel Velásquez, les notifiqué el nombramiento del auto anterior y habiendo aceptado el cargo firman.—Gregorio Moya—Por Joaquín Gualtero—José María Moya. — Por ruego de Miguel Velásquez — José Osorio — Feliz Gayón S. srio en ppdad. — En Mariquita a cuatro de junio de mil ochocientos noventa, se presentaron en el despacho del juzgado los señores Gregorio Moya, Joaquín Gualtero y Miguel Velásquez, con el objeto de tomar posesión de peritos para que han sido nombrados, y el señor juez les recibió juramento, previa lectura de los artículos penales respectivos, por cuya gravedad prometieron cumplir bien y fielmente y según se leal saber y entender

con el encargo para que han sido nombrados; quedando así posesionados firman con el señor Juez por ante mí el ario.—Celestino Macias. — Gregorio moya,—Por ruego de Joaquín Gualtero, José Ma. Moya. — Ruego de Miguel Velásquez—José Osorio. — Feliz Gayón S. ario. — En la misma fecha notifiqué al señor Luciano F. París el anterior auto, impuesto firma.—Luciano F. París—Felis Gayón S. ario en ppdad. Hoy de junio (sic) de mil ochocientos noventa, hice saber el auto anterior al señor Roso Varela, como recomendado o representante de la Sr. Isabel N. de Escobar: impuesto firma—Roso Varela—Felix Gayón S. ario en ppdad.— — 'En el distrito municipal de Mariquita a diez de junio de mil ochocientos noventa, constituido el sr. Juez Municipal en el punto denominado "EL PIÑAL", de esta jurisdicción, asociado del infrascrito secretario y de los peritos señores Gregorio Moya, Joaquín Gualtero y Miguel Velásquez hallándose también presentes los señores Luciano F. París, Roso Varela y Gregorio Valenzuela el primero como colindante, por sus terrenos de SAN ANTONIO; el segundo como representante de la señora Isabel Navarro de E. colindante por sus terrenos de MALABAR; y Valenzuela como testigos presencial, siendo el día y hora señalados para dar la posesión del terreno de "PIÑAL Y GUASUCE" al señor Serafín Quesada, de conformidad con lo ordenado por el señor Juez del Circuito en su anterior despacho y hallándose presente el interesado señor Quesada, se procedió a verificar el acto de la manera siguiente: Los peritos señalaron el primer lindero del terreno, señalando al efecto la confluencia de la quebrada de Sabina en el río Guarinó, que queda hacia el Norte. Luego de este punto, aguas arriba hasta el paso principal para Victoria; de este punto hasta el en que el lindero atraviesa el camino real que comunica el "PIÑAL" con Mariquita; de este punto hasta la desembocadura de la quebrada Bocorná en Guarinó; de aquí línea recta hacia el Sur con el paso de la quebrada de Chiminá en el camino real que conduce de Mariquita a Victoria, de aquí hacia el Norte a la Laguna de "GUASUCE"; y de este punto a las cabeceras de la quebrada de Sabina, primer lindero. — Luego el señor Juez procedió al señalamiento de los linderos y a hacer fijar los mojones; pero siendo ya la hora avanzada, se termina esta diligencia para concluirla mañana.— En constancia se firma por todos los que en ella intervinieron por ante mi el srio.— Cristobal Gómez Q.—Serafín Quesada.— Luciano F. París. — Roso Varela.—Gregorio Moya. — Por Gregorio Valenzuela.—Adolfo Escovar—Por ruego de Joaquín Gualtero.—Enrique Leiva—Por ruego de Miguel Velásquez—Isidro N. Uriza—Felix Gayón S. srio. — En el punto de el PIÑAL jurisdicción del distrito municipal de Mariquita, siendo las ocho de la mañana del día once de junio de mil ochocientos noventa, y estando reunidos con el sr. Juez Municipal y el suscrito secretario, los señores, Serafín Quesada, como interesado; Gregorio Moya, Joaquín Gualtero y Miguel Velásquez, como peritos; Luciano F. París y Roso Varela, colindante el primero; y el segundo como representante de la Sr. Isabel N. de Escobar; y Gregorio Valenzuela, como testigo presencial; el señor Juez dispuso, y al efecto se procedió a seguir la diligencia de entrega de los terrenos PIÑAL Y GUASUCE, trasladados punto por punto a los linderos señalados por los peritos, fueron reconocidos por todos los concurrentes. Luego el señor Juez preguntó en alta voz si había alguien quien se opusiera tal entrega, y los colindantes manifestaron que nó, por no afectarles en nada sus terrenos, según las escrituras exhibidas al efecto. — El señor Juez, una vez impuesto de que no había oposición por parte alguna a la entrega de los mencionados terrenos, resolvió dar la posesión como al efecto se dio quedando demarcados los terrenos así: Desde la cabecera de la quebrada Sabina, agua abajo hasta su confluencia con el río "Guarinó" hacia el Norte, colindando con terrenos que ocupa el mismo interesa-

do: — Guarinó aguas arriba hasta encontrar la boca de la quebrada Bocorná que desemboca en el mismo Guarinó hacia el Oriente, de este punto línea recta al paso de la quebrada Chiminá en el camino real que conduce de Mariquita a Victoria hacia el Sur; colindando con los terrenos de Malabar, propiedad de la señora Isabel Navarro de Escobar; del paso de la quebrada chiminá línea recta a la Laguna de Guasucé hacia el Sur, aguas abajo (de chiminá) hacia el norte a encontrar la referida Laguna; por estos costados colinda con terrenos del señir Luciano F. París; y de la Laguna de Guasucé, buscando las cabeceras de la quebrada Sabina, hacia el oriente, primer lindero, colindando con terrenos del mismo interesado. Se hace constar que como los puntos señalados como linderos son estables, no hubo necesidad de clavar los mojones. — Así quedó en posesión el Sr. Serafín Quesada de los terrenos PIÑAL Y GUASUCE, y se termina esta diligencia que se firma en constancia por todos los interventores en ella.—..... En este estado se hace constar que no habiendo quedados determina como deben de quedar los linderos entre los terrenos del "PIÑAL" y "SAN ANTONIO" y parte de los terrenos que pertenecían al General Francisco de Paula Diago, llamados "VILLEGAS" y que hoy son de los señores José Manuel y José Joaquín París, han convenido con el señor Serafín Quesada propietario de los terrenos del "PIÑAL" en que los linderos de estos predios queden determinados de la manera siguiente: — Del paso de la quebrada de Chimina camino del PIÑAL a Mariquita, aguas abajo hasta una ceiva grande marcada B, frente a un ciruelo hobo marcado así: ◇ poco mas o menos enfrentando con el alto en que estaban construidas las casas de "EL Edem"; de este punto, línea recta a la cabecera de la Laguna de "Guasucé"; de aquí al nacimiento de la quebrada de Sabina y de aquí, aguas abajo hasta la desembocadura de dicha quebrada en el río Guarinó. — Cristoval Gomez Q.—José Joaquín París. — Serafín Quesada. — Felix Gayón S.—srio. en ppdad.—Sr. Juez.—Cumplida está la comisión para lo que vino este expediente. — F. Gayón S.—srio.— Mariquita, enero quince de mil ochocientos noventa y dos. — Remítanse estas diligencias al señor Juez 1º del Circuito.— Cristoval Gomez Q. — Felix Gayón S.— srio en ppdad. — Recibido hoy veinte de enero de mil ochocientos noventa y dos, y va a la mesa del señor Juez informándole que el repartimiento está en el Juzgado Segundo — Juan Angel Gomez S.— Srio. — Juzgado Primero del Circuito.— Honda, Enero veinte de mil ochocientos noventa y dos. — Por lo informado pase al Juzgado segundo donde está el repartimiento. — Misael Caldas. — Juan Gómez S. srio. — Juzgado 2º del Circuito.— Honda, enero veintidos de mil ochocientos noventa y dos.—Correspondió a este Juzgado. — Juan de la C. Quesada.—Zoilo Reyes.—srio into.—En el mismo día pasa a la mesa del señor Juez para la audiencia del lunes siguiente. — Z. Reyes, ario.— Juzgado Segundo del Circuito. — Honda, febrero cinco de mil ochocientos noventa y dos. — Practicadas como han sido todas las diligencias concernientes al remate del globo de tierras denominado del "Piñal y Guasucé", ubicado en jurisdicción del Municipio de Mariquita y que pertenecía al Colegio de San Simón de Ibagué, con cuyo fin el señor Síndico de dicho Colegio, por resolución de primero de junio de mil ochocientos ochenta y nueve, dispuso pasar el expediente a este Juzgado; RESUELVE: devuélvase dicho expediente al mencionado señor Síndico del Colegio de San Simón de Ibagué.—Cenón Reyes—Zoilo Reyes—srio. — Es fiel copia tomada de su original a la que me remito en caso necesario. — Honda, febrero trece de mil ochocientos noventa y dos. — El secretario del Juzgado 2º—Zoilo Reyes".

22.—De Serafín Quesada, hasta el actual dueño, Erdmann, conde de Podewils Duerniz, la transmisión de los terrenos denominados Piñal y Guasucé continúa nor-

malmente, como consta en las respectivas escrituras que obran en autos.—

Con respecto al otro lote denominado "SANTO ROSA" y al otro, que no tiene nombre y que con la INDUSTRIA, LLANO DE VILLEGAS, PIÑAL y GUASUCE, forman hoy la Hacienda HAMBURGO, los autos acreditan que ambos formaban parte del globo general denominado Llano de Villegas y la Industria, por haber sido ésta la parte que de dicho terreno "VILLEGAS" se reservó Francisco de Paula Diago, cuando vendió en el año de 1870, una parte a Alejandro Rodriguez Ugarte (V. número 17 supra).

El resto del censo, que como se recordará, quedó vinculado entonces en la parte del Llano de Villegas que Diago se reservó, fue redimido por este señor antes de venderle a Plácido Pinilla esa parte de Villegas denominada SANTA ROSA, según reza lo pertinente de la correspondiente escritura de venta que obra al folio 95 del cuaderno Nº 1º, cuyo tenor es el siguiente con referencia al globo de tierra, materia de la venta: "... Segundo.—Que está libre de censo, gravamen e hipoteca, pues la que tenía por la escritura de compra del globo en general, fue cancelada en esta notaría por escritura número trecientos ochenta, fecha treinta de mayo último (año de 1881, se añade) que también doy fé".—

CAPITULO VII

QUE EL COLEGIO DE SAN SIMON DE IBAGUE Y LA ESCUELA DE PRIMERAS LETRAS DE MARIQUITA eran todavía dueños de los terrenos denominados Llano de Villegas, Piñal y Guasucé, mucho antes del año de 1873 y hasta cuando fueron adquiridos en remate por José María Conde, por Francisco de Paula Diago en 1849, y por Serafín Quesada en 1889, es, pues, un hecho que la Corte acepta porque está, como se ha visto, superabundantemente demostrado por numerosos documentos públicos, varios de ellos, emanados del mismo Estado, documentos cuya autenticidad no ha sido desvirtuada y que, examinados en conjunto por la estrecha relación que tienen entre sí, inclinan al ánimo a formar tal convicción.

Por consiguiente, la adjudicación de tales terrenos por parte de los señores Francisco de Paula Diago y Serafín Quesada, antecesores de Erdmann, conde de Podewils, es legítimo título de propiedad de dichos señores en el suelo y en el subsuelo de tales terrenos, por cuanto del dominio de estos se había desprendido ya el Estado colombiano cuando por la supresión de los Conventos Menores por medio de la ley de 6 de agosto de 1821 expropió todos los bienes de tales conventos y por medio de los Decretos de 21 de diciembre de 1822, que crearon esos Colegios, los aplicó al sostenimiento de la Escuela de Primeras Letras de Mariquita y al Colegio de San Simón de Ibagué, bajo el patronato del Cabildo de Mariquita y del Intendente del Departamento.

Al hacerse tal aplicación no se estableció diferencia o distinción alguna referente a los bienes destinados a ese fin, luego no solo los que habían sido adquiridos por los conventos suprimidos por la mera liberalidad de los fieles, sino aun los que adquirieron a título oneroso, pasaron a servir esa finalidad: el fomento o difusión de la instrucción pública.

Es esa la interpretación que esta Corte le ha dado ya a este asunto en caso similar (véase sentencia de 13 de febrero de 1941, G. J., Nº 1971, en que se dijo lo siguiente:

"En los autos aparecen acreditados los siguientes hechos:

"1º La existencia del convento de San Francisco de Asís en la villa de San Bartolomé de Honda.

"2º Su supresión operada por la ley de 6 de agosto de 1821.

"3º La aplicación de todos los bienes muebles, raíces, censos, derechos y acciones de los conventos suprimidos para la dotación y subsistencia de los colegios de cada provincia.

"4º La fundación por Decreto de 21 de diciembre de 1822 del Colegio de San Simón de Ibagué, en la provincia de Mariquita, con una dotación de $ 58.000 de capitales impuestos que pertenecían a los conventos suprimidos de la provincia de Mariquita, entre los cuales estaba el supradicho convento de San Francisco en Honda.

"De los hechos anteriores, concluye la Corte que los derechos que tenía el convento de San Francisco de Honda sobre Chorrea Manteca pasaron al Colegio de San Simón por ministerio de la referida ley 6, de agosto de 1821, sobre supresión de conventos y aplicación de todos 'sus bienes muebles, raíces, censos, derechos y acciones', a la dotación y subsistencia de los colegios de las respectivas provinl cias y del Decreto de 21 de diciembre de 1822. Si en tales mandamientos legales no se formuló excepción alguna respecto de los bienes del convento de San Francisco que debían pasar a integrar el patrimonio del colegio fundado, la conclusión que saca la Corte es lógica".

En el presente caso, existen, como se ha visto, numerosos elementos probatorios o documentos públicos que robustecen más aún tal interpretación, sobre todo, el que a continuación va a citarse y que comprende en forma asaz convincente y clara, toda la historia relativa al presente negocio y la aplicación concreta que en la práctica tuvieron aquellos ordenamientos legales: la ley de 6 de agosto de 1821 y los decretos de 21 de diciembre de 1822 en lo relativo a la Escuela de Primeras Letras de Mariquita y al Colegio de San Simón.

23.—Tal documento dice así:

"El suscrito Secretario DEL JUZGADO PRIMERO DEL CIRCUITO DE HONDA EN CUMPLIMIENTO DE LO ORDENADO EN EL AUTO PRECEDENTE, EXPIDE LAS SIGUIENTES COPIAS, TOMADAS DEL JUICIO DE FRANCISCO E. LUCENA CONTRA LA ESCUELA DE PRIMERAS LETRAS DE MARIQUITA Y EL COLEGIO DE SAN SIMON DE IBAGUE. — SENTENCIA DE FECHA 20 DE MAYO DE 1856. — Juzgado del Circuito del Norte. — Honda, mayo 20 de 1.856. — Vistos—El Padre Pedro Ruiz Montero de la Compañía de Jesús fundó un patronato real de legos, o memoria de misas con el principal de dos mil patacones (o sean piezas de a ocho décimos) sobre la hacienda de San Antonio con jurisdicción de Mariquita a 20 de abril de 1741 (fojas 1ª y 5ª de este expediente). Don José Ignacio Lucena pretendió y obtuvo esta Capellanía en el año de 1814 (fojas 26 a 33), mas los acontecimientos políticos de aquella época no le permitieron gozar de los réditos de la fundación por carencia de título a virtud de haber pasado dicho patronato del superior de los Jesuitas que lo ejercía al Rey de España, que por la supresión de esta Compañía, siguió ejerciéndolo y no haber en la República en los primeros tiempos de existir esta dependencia ningún representante legal de la Corona.—Pero su hijo Francisco Eufrasio con una perseverancia extraordinaria logró al fin que por sentencia ejecutoriada de este Juzgado se le declarase Capellán el 12 de setiembre de 1853.—Sin embargo esta declaratoria de un derecho cuando no estaban aseguradas las fincas y cuando por el transcurso del tiempo desde la muerte del último Capellán y posteriores sucesos, el pago de créditos estaba en el olvido más profundo, era una declaratoria efímera y pudiera decirse nugatoria. — Fue por esto que dicho ciudadano Lucena entabló el presente litis, y propónese en él hacer recaer su acción a la Capellanía sobre todo el globo de tierra que formó la hacienda de San Antonio y cuyo último dueño fue don Miguel Navarro... (destruído)... este propietario reconoció sobre... (destruído)... expresado principal de dos mil pesos... (destruído)... cosas hubieran seguido el orden... (roto)... naturaleza y al derecho, no habría hoy... (roto)... porque nombrado Capellán Francisco Eufrasio Lucena él debía percibir el rédito para llenar el piadoso objeto de la funda-

ción y la hacienda donde se hallaba vinculado este gravamen lo estaría soportando. — Mas, como lo hechos han tomado diverso pro, tratáse de saber si la demanda que propone aquel Capellán contra el Colegio de San Simón y Escuela de Mariquita, sucesores de Navarro, para que se reconozca su principal, es o no justa, y esto pueda resultar a mérito de las consideraciones siguientes: 1ª Que posteriormente a la fundación de la Capellanía y al reconocimiento de los dos mil pesos a cargo de la hacienda de San Antonio, Navarro entró a reconocer otros principales, que lo constituyeron deudor de los Conventos de Santo Domingo y San Francisco de la ciudad de Mariquita y de la menor entonces, Salomé Armero. — 2º — Que la fundación de la Capellanía, como se ha visto, tuvo lugar el 20 de abril de 1741, al paso que el principal de dos mil doscientos pesos constituídos a favor de Santo Domingo consta por escritura pública número ..... de 12 de noviembre de 1792; el de cuatrocientos quince pesos a favor de San Francisco se verificó a 16 de julio de mil setecientos noventa y tres y el reconocimiento de la tutela de la menor Armero, por la cantidad de dos mil pesos, se hizo a 22 de diciembre de 1792, además de que la hipoteca especial de la segunda deuda, fueron ocho piezas de esclavos (Certificación de fojas 129 a 130 y de foja 307 vuelta). 3º Que formalizado concurso de acreedores a los bienes de don Miguel Navarro, aunque este denunció el principal de la fundación del Padre Montero, como en deuda más antigua, dicho principal no figuró en el concurso, ni se tuvo presente en la graduación de los créditos. — 4º — Que en 1820 la autoridad que conocía del concurso repartió los bienes de Navarro entre los acreedores, dejando una parte a favor de la familia del ejecutado, por lo cual quedó dividida la hacienda de San Antonio en varios lotes; de estos se adjudicaron a Santo Domingo las tierras de San Antonio, los potreros llamados Villegas y Arrayanal y a San Francisco El Piñal y Guasucé. — 5º Que en el mismo año reclamó don José Ignacio Lucena contra el procedimiento y resolución del citado concurso de acreedores como se ve a las fojas 35 y 36. — 6º — ..... (destruído) de agosto de mil ochocientos veintiuno s..... (roto) ..... acionó la ley 8ª parte 3ª Trat. 4º de la Recop ..... (roto) ación Granadina que suprimió los c..... ven..... (roto) ..... menores existentes en el territorio de la República en cuyo número quedaron comprendidos los ya citados de Santo Domingo y San Francisco, y por su artículo 2º aplicó los edificios, bienes, rentas, censos, derechos y acciones a la instrucción pública, debiendo pasar a los colegios y escuelas con los gravámens impuestos por sus fundadores. — 7º — Que en cumplimiento de esta ley expidió el Poder Ejecutivo de Colombia un decreto a 22 de diciembre de 1822 adjudicando a la escuela de Mariquita y al Colegio de San Simón los terrenos referidos de San Antonio, Arrayanal, Guasucé, Piñal y Villegas. 8º — Que en los años de 1825 a 1828 se presentó Lucena Padre, al Tribunal de Justicia y a la Corte Superior de los Departamentos de Cundinamarca y Boyacá, reclamando su derecho a la Capellanía y pidiendo se hiciese efectivo; y al fin obtuvo a su favor una providencia disponiendo que por cuanto no debía suspenderse el concurso de acreedores..... los bienes de Miguel Navarro y .... (roto) uno de ellos Ignaci.... Lucena, se... (roto) volviere el expediente para que ocurriendo al Juez de Ia. instancia a más de ..... (roto) ..... recho..... 9º — Que Lucena hijo, inició juicio de posesión en 1837 y continuando el pleito con la escuela de Mariquita recayó sentencia a fav..... de ésta (fojas 65 y 66), pero se le dejó su derecho a salvo para litigar la propiedad y señoría de las tierras de San Antonio y demás supracitadas. — 10. — Que el juicio de propiedad seguido posteriormente entre las mismas partes fue del todo anulado por sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca de 17 de setiembre de 1849 en cuya

virtud el ciudadano Francisco Eufrasio Lucena tuvo que principiar de nuevo el pleito, bajo otra forma, hasta que al fin se declaró a su favor la Capellanía fundada por el Padre Pedro Ruiz Montero (fl. 226). — 11. — Que demandados después el Colegio de San Simón y la Escuela de Mariquita, opuso el primero la excepción perentoria de prescripción que se declaró inadmisible y no probada por los autos de 7 de mayo y seis de agosto del año próximo pasado (Fls. 277 a 283). 12. — Que ambas partes han .... ido... ues ..... rebe.....s y contumaces en no ..... contestar la demanda ni producir a ..... vor probanza .....lguna al paso que Luce..... ha justificado que los terrenos en cu..... tión p..... ecían al globo de San Antonio con..... dicho de cuatro testigos idóneos (fojas 30....., 303—304—310 y 312.) ratificados y abonados los que han necesitado de esta formalidad según las leyes. — 13.— En fin que plenamente justificado este hecho según la ley 32 Título 16 Part. 3ª sólo resta examinar si la Capellanía estaba vinculada sobre la hacienda de 'San Antonio' y si don Miguel Navarro era legítimo censatario de ella para deducir el derecho que tenga el actual Capellán sobre los diferentes lotes en que se dividió el terreno. — Al efecto con los certificados de fojas 130 y 137 vtos., la declaración de Césareo Navarro hijo de don Miguel (Foja 143), los autos de los Tribunales Superiores de 11 de noviembre de 1825 y 14 de mayo de 1828 (folios 30 y 32) y los dos expedientes primitivos que se registran desde la foja Iª hasta la 36 vta. están perentoriamente acreditadas aquellas dos circunstancias. — Por las pruebas aducidas últimamente desde la foja 298 hasta la 314 ..... ve que los terrenos de arrayanal, Guasucé, Piña.... (roto) y Villegas eran p.....te integrante..... (roto) hacienda de San Antonio, la cual..... (roto) el llano de este nombre quedaban comprendidas entre los ríos Gualí y Guarinó limitando al Norte con el primero y al Sur con el segundo y que la imposición de los principales de San Francisco y Santo Domingo y el reconocimiento de la tutela de que se hizo cargo Navarro fueron en cerca de cincuenta años posteriores q (sic) la Fundación del Padre M..... (roto) tero. — Como el concurso contra el deudor común quedó en suspenso y no llegó a definirse, a lo menos de una manera legal según consta de las d.....cisiones judiciales mencionadas y no se pronunció jamás sentencia definitiva sobre graduación de acreedores, como hay certeza de que se reclamó sobre el particular y el crédito de la Capellanía fue injustamente desatendido; como resulta también que don Ignacio Lucena figuró como acreedor antes y después del injurídico desenlace del concurso y como es igualmente cierto que el mismo ejecutado denunció el principal de la Capellanía en la lista jurada de bie.... es y ..... pesar de esto se otorgó la preferencia..... (roto) créditos y.... (roto) hicieron ilegales adjudi..... nes para pagarlos; es indudable que el..... (roto) ..... de..... la Capellanía concedida al ciudadano Francisco Eufrasio Lucena .... (roto) entrar en plena participación de lo que le corresponde de principal y réditos en los terrenos del difunto Navarro. Estos, pues que contra los expresos mandatos de las leyes pasaron a los Conventos de San Francisco y Santo Domingo, no han podido transferirse al Colegio de San Simón y Escuela de Mariquita, sin los gravámenes que tuvieron según el artículo 2º de la ley 8ª parte 3ª Trat. 4º de la Recopilación Granadina" y como el Patronato real de legos y memorias, de misas de que se ha hecho mención pesaba sobre las tierras de San Antonio cada lote de ellos debe sufrirs su parte. — En la actualidad por los artículos 1º y 2º de la ley de 2 de junio de 1853 no está obligado el capellán a obtener títulos de que debe ser suficiente para este caso la sentencia de 12 de setiembre del mismo año. Esto sentado y administrando justicia en nombre de la .....pública y por autoridad de la ley de ..... (roto) ..... e

que sobre los terrenos de San Antonio.... (roto) yanal, Guazucé, Piñal y Villegas de ..... (roto) gravitar el patronato de legos fundado ..... (roto) el Padre Pedro Ruiz Montero, y que es obligación del Colegio de San Simón y Escuela de Mariquita reconocer sobre ellos el principal de dos mil patacones ($ 2000.) o sean piezas de a ocho d-cimos desde el día 23 de abril de 1814 en que se decretó el nombramiento de Capellán en el finado José .....' (roto) Lucena, pues por la certificación de foja 300 no está judicialmente comprobada la muerte del último Capellán don Toribio Legoria que se dice acaecida en Piedras en 21 de julio de 1812. — Declárase como consecuencia el derecho de percibir los réditos vencidos de la vacante, aunque las fincas hayan pasado a terceros poseedores, a fin de que el ciudadano Francisco Eufrasio Lucena goce de tales réditos y los que se devenguen desde esta fecha en adelante con obligación de cumplir los deberes inherentes a la Fundación y usufructo de esta Capellanía. — Niégase la entrega de las finc ..... (roto) ... los actuales propietarios al ora.... (roto ..... se ejecutaría un despojo violento, ... (roto) ..... (roto) almente no tiene acción de dominio ..... (roto) drecho de consualista. — No se hace ..... (roto) es.....l. condenación de costas y cada parte debe sufrir las suyas. — Notifíquese en persona a los interesados. — Fdo) Próspero Pereira. Srio. Patria":"

Debe advertirse que tanto esta sentencia, como la de 25 de mayo de 1849, las diligencias de remate en favor de José María Conde y la mayor parte de los demás documentos de que se ha hecho mención en el presente fallo, no obraron ni fueron apreciados como pruebas cuando el Ministerio de la Economía dictó su Resolución del tres de agosto de 1939.

Pero en presencia de esta sentencia y de la de 25 de mayo de 1849, cabe preguntar:

a) Habiendo José María Conde rematado a censo los terrenos de "Villegas, Santa Rosa y Guarinó", desde 1828, según consta, por qué no se siguió con él como propietario de tales tierras el juicio de Lucena, que terminó con la citada sentencia de 25 de mayo de 1849?

b) Habiendo adquirido esos mismos terrenos en remate a censo redimible Francisco de Paula Diago pocos días después de esa sentencia, o sea, el once de junio de 1849, por qué no se siguió con este señor sino con los Colegios de San Simón y Mariquita el juicio en que Francisco Eufrasio Lucena obtuvo la sentencia de 20 de mayo de 1856 que le negó derecho de dominio y posesión sobre esas tierras y la entrega de ellas porque sería causar "despojo violento" a sus tenedores, pero que reconoció a su favor y a cargo de los citados colegios el derecho de "censualista" como causahabiente del fundador de ese censo en el año de 1741, el Padre Pedro Ruiz Montero Fernández?

Observa la Sala:

Habiendo comprado las tierras de que se trata José María Conde (Cuad. Nº 3, f. 22) quedando con la obligación de redimir el censo de seiscientos pesos que las gravaba en favor de la Escuela de Primeras Letras de Mariquita, el sucesor del antiguo dueño Miguel Navarro y Guerra y de los suprimidos Conventos de Santo Domingo y San Francisco, es de presumir que no redimió tal censo ni obtuvo la cancelación de la hipoteca que en seguridad de éste había otorgado en favor de esa Escuela, y de ahí que ésta recobrara el dominio de tales tierras. No de otro modo se explica que el demandante Lucena no hubiera seguido tal juicio con audiencia de José María Conde. Debe anotarse que en la sentencia de 25 de mayo de 1849 se dice que consta que esta Escuela "obtuvo los terrenos por sentencia de autoridad competente".

Mas del modo que fuere, lo cierto es que en esa sentencia de 1849 se declaró que José Eufrasio Lucena no había probado derecho de dominio en las tierras de San Antonio y Arrayanal "y que en consecuencia la escuela de Mariquita debe seguir en la tenencia respectiva".

Del mismo modo, en la sentencia de 20

de mayo de 1856 (cuando ya había adquirido F. de P. Diago), pronunciada en el juicio del otro Lucena, se declara que a este señor debían los Colegios de San Simón y Mariquita reconocer el principal de $ 2.000 y sus réditos fundado por el Padre Pedro Ruiz Montero, "aunque las fincas hayan pasado a terceros" (folio 120, cuad. Nº 1), y le negó la entrega de ellas a Lucena porque con ello "se ejecutaría un despojo violento", lo que hace presumir que para la época en que se pronunciaba tal sentencia "las fincas" podían hallarse en manos de tercer poseedor, seguramente que de Francisco de Paula Diago, pues ya éste había rematado las de "Villegas" desde el once de junio de 1849 y había obtenido la posesión judicial de ellas; y las de Piñal y Guasucé no habían salido para entonces del poder del Colegio de San Simón de Ibagué, pues no fue sino el 15 de diciembre de 1889 cuando las compró en remate Serafín Quesada, como ya se dejó comprobado con las respectivas diligencias de tal remate.

Conclusiones de la Corte

Por todas las pruebas aducidas en el presente negocio, cuyo análisis queda hecho ya, la Corte considera que se han establecido plenamente los siguientes hechos esenciales:

1º Que con fecha 1º de octubre de 1586 el Cabildo de Mariquita concedió a Juan de Villanueva una merced que fue confirmada por la Real Audiencia de Santa Fe el doce de febrero de 1587, de un globo de tierra, llano o meseta encima de los farallones en el camino nuevo de Victoria a Mariquita, entre los ríos Guarinó y Gualí con las vertientes hasta el mencionado río de Gualí.

2º Que, por consiguiente, desde esa época el Estado se desprendió del dominio de ese globo de tierra, que más tarde tomó el nombre de "HACIENDA DE SAN ANTONIO DE CHIMINA", situada en la meseta o llano del mismo nombre, entre los ríos Gualí y Guarinó.

3º Que años después, la "Hacienda de San Antonio de Chiminá" fue dividida en varios lotes denominados VILLEGAS, ARRAYANAL, PIÑAL Y GUASUCE (sentencias de 25 de mayo de 1849 y 20 de mayo de 1856) y que, por tanto, formando hoy esos lotes, la finca "HAMBURGO" con los denominados "Santa Rosa" y "La Industria" y otro sin nombre, que eran parte del terreno "Villegas", resulta comprobado que dicha finca "HAMBURGO" es la misma cuyos terrenos formaron parte de la merced concedida en 1586 y 1587 a Juan de Villanueva, y la misma cuyos terrenos fueron adjudicados en 1820 a los conventos de San Francisco y Santo Domingo de Mariquita.

4º Que después de la ley de 6 de agosto de 1821 y de los decretos de 21 de diciembre de 1822, aparecen como propietarios de las tierras de "Villegas", "San Antonio", "Piñal", "Guasucé" y "Arrayanal", la Escuela de Primeras Letras de Mariquita y el Colegio de San Simón de Ibagué.

5º Que de estos Colegios, las tierras de que se trata pasaron a ser propiedad de los señores José María Conde, Francisco de Paula Diago y Serafín Quesada en los años de 1828, 1849 y 1889 por compra que hicieron a dichos establecimientos de educación en remates efectuados con las formalidades legales.

6º Que de todo esto se deduce que, si por virtud de la supresión de los Conventos de San Francisco y Santo Domingo, de Mariquita, los bienes de estos conventos pasaron a propiedad del Estado, éste como ya lo había hecho en 1586 y 1587 en la merced a favor de Juan de Villanueva, se desprendió nuevamente del dominio de los terrenos de que se trata, para traspasar ese dominio en favor de la Escuela de Primeras Letras de Mariquita y el Colegio de San Simón de Ibagué; razón por la cual tales terrenos en su superficie y en el subsuelo, ya estaban fuera del patrimonio nacional, mucho antes del 28 de octubre de 1873, cuando fueron vendidos por

esos Colegios a José María Conde, Francisco de Paula Diago, y Serafín Quesada en los remates de 1828, 1849, y 1889, respectivamente, de quienes a través de los varios propietarios a quienes se refieren las correspondientes escrituras de venta debidamente registradas que obran en autos, pasaron después a manos de Erdmann, conde de Podewils Duerniz, y sin que haya constancia de que tales terrenos hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquièra otra causa legal (artículo 7º, ordinales a) y b), y 10 de la ley 160 de 1936).

F a l l o :

Por todo lo que queda 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, RESUELVE que es fundada la pretensión de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia para explorar y explotar petróleo de propiedad particular en los terrenos hoy denominados "HAMBURGO" a que se refiere el presente juicio sumario.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Aníbal Cardoso Gaitán — José M. Blanco Núñez — Arturo Tapias Pilonieta — Hernando García Pachón, of. mayor.

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE ACCIONES DE REPARACION ORIGINADAS EN ACTOS, HECHOS U OPERACIONES DE CARACTER ADMINISTRATIVO

En el presente caso la demandante solicitó ante la justicia administrativa la nulidad de los decretos que la destituyeron sin justa causa de su puesto de maestra de escuela, que es considerado por la ley como inamovible; pero no pidió la indemnización de los perjuicios que se le ocasionaron, los cuales se han hecho consistir en los sueldos que dejó de percibir el empleado injustamente removido durante el tiempo que duró la destitución. Por tanto, los tribunales que conocieron de la acción de nulidad de tales decretos, nada pudieron estatuír en relación con el restablecimiento del derecho privado. No habiéndose ejercitado entonces el contencioso de plena jurisdicción, el actor no perdió por ello el derecho de reparación y pudo, de conformidad con la legislación vigente al tiempo de iniciarse la litis, ejercer la respectiva acción ante la justicia ordinaria. A esta conclusión se llega mediante el análisis del artículo 4º de la ley 80 de 1935 que regía totalmente la materia antes de entrar en vigencia el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo (ley 167 de 1941). Esta ley, que implica un nuevo avance en la organización científica y armónica de la justicia administrativa, y que empezó a regir desde el primero de abril de 1942, regulariza la cuestión de un modo mejor a como la contemplaba el código contencioso anterior. Esa ley 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 la confusión 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) destinados a la tramitación de los negocios para los cuales no señala 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. Hoy las autoridades administrativas tienen jurisdicción privativa para el conocimiento de las acciones de reparación originadas en actos, hechos u opera-

ciones de carácter administrativo, provenientes de autoridades municipales, departamentales o nacionales, según las leyes de competencia establecidas en el nuevo código (artículos 34, numeral 10º, 51, 54, numeral 2º, 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 deben proponerse en adelante ante los tribunales administrativos, dentro del término de cuatro meses, pasado el cual prescriben. (Artículo 83, ibídem).

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

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

Nicolás Ramos Hídalgo, como apoderado de la señora Escolástica Silva de Vélez, demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al departamento del Valle del Cauca, para que fuese condenado a cumplir las siguientes prestaciones:

"a) A pagar a la señora Escolástica Silva de Vélez, mayor de edad y vecina del distrito de Bugalagrande, la cantidad de ochocientos veintiocho pesos con treinta centavos ($ 828.30) M/cte., que se le causaron a deber como maestra de escuela de la fracción de Aguasucia, en el Municipio de Bugalagrande, durante veintitrés meses veinte días, que dejó de servir el cargo de maestra de escuela seccional en el sitio referido, por haberla declarado exonerada del servicio la Gobernación del Departamento por medio del Decreto 446 de 8 de octubre de 1936, el cual fue anulado por sentencia proferida por el Consejo de Estado, el 28 de junio de 1938.

"b) Que como consecuencia de la petición anterior se ordene al Departamento del Valle del Cauca, que por su Tesoro, se sufrague la cantidad de ochocientos veintiocho pesos con treinta centavos ..... ($ 828.30) para que le sean entregados a la señora Escolástica Silva de Vélez, como remuneración de sus servicios como maestra de escuela de la fracción de Aguasucia, en el distrito de Bugalagrande, como consecuencia de los perjuicios recibidos por haber sido exonerada durante veintitrés meses veinte días del cargo de maestra de escuela alternada, del lugar indicado antes".

Como hechos fundamentales de la demanda se adujeron los siguientes:

"1º La señora Escolástica Silva de Vélez desempeñaba en el Departamento del Valle del Cauca el cargo de maestra de la escuela alternada de Aguasucia en virtud de nombramiento que se le había hecho por medio del decreto número 66 de 25 de enero de 1936, puesto que venía desempeñando con pulcritud y honradez, al tenor de las prescripciones legales que regulan la materia.

"2º La Gobernación del Departamento, servida por el señor doctor Tulio Enrique Tascón, como Gobernador, y por don Tulio Ramírez en calidad de Director de Educación Pública, dictó el Decreto número 446 de 8 de octubre de 1936, en virtud del cual fue exonerada la señora Escolástica Silva de Vélez del puesto de maestra de escuela de Aguasucia, en el distrito de Bugalagrande quedando, por consecuencia de aquel acto, fuera del magisterio.

"3º La señora Escolástica Silva de Vélez no se conformó con esta decisión ilegal de la Gobernación del Departamento del Valle y acusó el decreto que la exoneraba de su destino, ante el Tribunal Contencioso Administrativo de esta ciudad, en la parte que a ella se refería, y esta entidad, por medio de sentencia de 20 de abril de 1937 declaró nulo el decreto número 446 de 8 de octubre de 1936, en la omisión consistente en haberse dejado de nombrar a la señora Escolástica Silva de Vélez para el cargo de maestra de escue-

la de Aguasucia, fracción del municipio de Bugalagrande.

"4º La sentencia del Tribunal Contencioso de Cali fue apelada por el Fiscal del Tribunal, y subido que hubo la providencia ante el Consejo de Estado, tal entidad, en fallo de 28 de junio de 1938, reformó la sentencia recurrida, y declaró nulo en su integridad el Decreto número 446 de 8 de octubre de 1936, expedido por la Gobernación del Valle.

"5º De conformidad con la nulidad decretada en relación con el Decreto número 446 de 8 de octubre de 1936, nació para la señora Escolástica Silva de Vélez el derecho de cobrar los sueldos de maestra de escuela de Aguasucia, en el distrito de Bugalagrande, y para el Departamento del Valle del Cauca, la obligación de pagar, a título de perjuicios recibidos por la señora Silva de Vélez, el monto total de los sueldos que dejó de devengar como maestra de escuela, y cuyo valor asciende a la cantidad de ochocientos veintiocho pesos con treinta centavos ($ 828.30)".

En derecho fueron citadas las siguientes disposiciones: artículo 5º, 179 y 180 de la Constitución Nacional; artículo 2º del Acto Legislativo número 1 de 1936 y 47 y 48 del Acto Legislativo número 3 de 1910; 1602, 1603, 1618 y demás pertinentes del Código Civil; 85, 129 y demás pertinentes del Código Político y Municipal; 76, ordinal 2º, 227, 228, 734, 737 y siguientes del Código Judicial.

El representante legal de la entidad demandada contestó a los hechos de la demanda instaurada, en los siguientes términos:

"En cuanto al primero, aún no está plenamente comprobado; en cuanto al segundo, estimo lo mismo; en cuanto al tercero, aparece copia de la sentencia respectiva; en cuanto al cuarto, sucede lo mismo; en cuanto al quinto, es una deducción sin fundamento porque el Departamento no fue condenado a pagar perjuicios ni suma alguna, sino a restituír a la maestra en su cargo, lo que según la demanda se cumplió".

La primera instancia de este negocio terminó con fallo en que se condena al Departamento del Valle a pagar a la señora Escolástica Silva de Vélez la suma de $ 838.30, monto de los sueldos que dejó de devengar dicha señora, con motivo de haber sido destituída ilegalmente de su cargo de maestra de escuela rural.

Por apelación de esta providencia, ha subido el proceso a esta superioridad. Agotada la tramitación de regla, se procede a resolver lo pertinente.

Cuestión de competencia

Conviene establecer primeramente, si el Tribunal a quo y la Corte Suprema de Justicia, tienen jurisdicción y competencia, para conocer del presente juicio, en primera y segunda instancia, respectivamente.

El señor Procurador Delegado en lo Civil advierte que el presente juicio, por su naturaleza, no es de la competencia de la justicia ordinaria, ya que el caso encaja a cabalidad, según su concepto, dentro de la potestad contencioso-administrativa de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO VIOLADO POR UN ACTO ILEGITIMO DE LA ADMINISTRACION.

Observa la Corte que la demandante trata de obtener el pago de una suma de dinero correspondiente a los sueldos que dejó de devengar por la destitución injusta de su cargo de maestra de escuela en el municipio de Bugalagrande por acto de la administración pública que ha sido declarado nulo por la justicia administrativa. La demandante solicitó ante la justicia administrativa la nulidad de los decretos que la destituyeron sin justa causa de su cargo, que es considerado por la ley como inamovible; pero no pidió la indemnización de los perjuicios que se le ocasionaron, perjuicios que en esta causa se hacen consistir en los sueldos que dejó de percibir el empleado injustamente removido durante el tiempo que duró la destitución. Por tanto, los Tribunales que conocieron de la acción de nulidad de tales decretos, nada pudieron estatuír en re-

lación con el restablecimiento del derecho privado. No habiéndose ejercitado entonces el contencioso de plena jurisdicción, el actor no perdió por ello el derecho de reparación, y pudo, de conformidad con la legislación vigente al tiempo de iniciarse la presente litis, ejercer la respectiva acción ante la justicia ordinaria.

A esta conclusión se llega mediante el análisis del artículo 4º de la ley 80 de 1935 que regía totalmente la materia antes de entrar en vigencia el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo (ley 167 de 1941), y cuyo tenor es el siguiente: "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 ASI SE HAYA SOLICITADO".

Para sustentar esta tesis es oportuno reproducir aquí la exposición que sobre el artículo trascrito hizo esta Sala de Negocios Generales de la Corte en auto de treinta de junio del año en curso en el juicio de Rafael Bernal Medina contra el Departamento de Cundinamarca:

"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 fatal del agotamiento de toda reparación. Porque ese 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, cómo quiera 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 ofrecía 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 4º citado.

"La escritura 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 2º, 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 contenciosos administrativos, dentro del término de cuatro meses, pasado el cual prescriben (artículo 83)".

Instaurada la presente demanda (16 de marzo de 1939) antes de la vigencia de la ley 167 de 1941, según normas positivas de legislación, y de conformidad con la jurisprudencia relativa a la eficacia de las leyes en materia de procedimiento, considera la Corte que es competente para desatar el presente litigio actualmente bajo su conocimiento.

Fundamentos de la presente sentencia de fondo.

Da cuenta el informativo de que la señora Escolástica Silva de Vélez, por medio del Decreto número 66 de 1936 de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca fue nombrada directora de la escuela rural de "Aguasucia", en el municipio de Bugalagrande (folio 3 vuelto del cuaderno Nº 2).

La propia Gobernación, por Decreto número 446 de 8 de octubre del mismo año, removió de su cargo a dicha señora (folio 3 vuelto del cuaderno número 2), quien recurrió a la justicia administrativa para obtener la declaración de nulidad del decreto destituyente. De ahí que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cali, en sentencia del 20 de abril de 1937, resolvió declarar nulo el precitado decreto, en cuanto omitió el nombramiento de la señora Escolástica Silva de Vélez para el cargo de maestra de escuela de Aguasucia, debiendo, en consecuencia, ser restituída en su empleo. Apelada esta sentencia, el Consejo de Estado, en fallo del 28 de junio de 1938, la reformó en el sentido de declarar nulo en su integridad el Decreto acusado. (Folios 1 a 6 del cuaderno Nº 1).

En tal virtud, por Decreto número 683 de 28 de septiembre de 1938, el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca restableció en su puesto de directora de la escuela rural de Aguasucia, a la señora Escolástica Silva de Vélez.

Resulta evidente, pues, que la demandante estuvo cesante desde el 8 de octubre de 1936 hasta el 28 de septiembre de 1938, a consecuencia de un acto ilegal de la Administración. Basta el hecho de la ilegalidad de un acto administrativo, ilegalidad que por otra parte ha sido declarada en sentencia que lleva el sello de la ejecutoria y la calidad de cosa juzgada, para que se presuma la existencia de un daño cierto ocasionado al particular afectado con ese acto ilegal e injusto; tal daño ha de ser reparado plenamente.

Cuantía de la indemnización.

El monto de la indemnización que reclama el actor en el presente juicio ha sido fijado por él mismo en la suma de $ 828.30, correspondiente al total de sueldos que dejó de devengar durante veintitrés meses y veinte días, a razón de $ 35.00, sueldo mensual que, según certificado del Director de Educación del Departamento respectivo, era lo que ganaba la directora de escuela rural de Aguasucia. Por consiguiente, al pago de la suma expresada ha de condenarse a la entidad demandada, como lo ha sido por el Tribunal de la primera instancia.

Por todo 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, CONFIRMA la sentencia objeto de la presente alzada.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio.

NOTIFICACIONES DE RESOLUCIONES EJECUTIVAS

Las Resoluciones de los Ministerios que dan base para ejecuciones por jurisdicción coactiva deben notificarse personalmente, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Ley 53 de 1909.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, octubre tres de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, por auto del 24 de julio de 1939, decretó mandamiento de pago por la vía ejecutiva, a favor de la Nación y a cargo del señor Luis Eduardo Díaz Agudelo, en su calidad de contratista de conducción de correos nacionales y encomiendas postales, y de los señores Francisco J. Camacho y José María Velásquez V., como sus fiadores solidarios, por la suma de $ 332.28 a que asciende la pérdida de valores postales bajo la responsabilidad del principal deudor, y por la cantidad de $ 232.00, en concepto de multas impuestas a causa de irregularidades en el servicio de correos.

Por apelación interpuesta por el apoderado judicial de los señores Díaz Agudelo y Camacho, contra el auto ejecutivo en referencia, ha subido el negocio a esta superioridad, la cual procede a decidir la alzada, agotada como se encuentra la tramitación correspondiente.

Consideraciones de la Corte.

Se basa el recurso promovido en la notificación ilegal de las resoluciones ministeriales que sirven de recaudo a esta ejecución, pues afirma el representante de los ejecutados que tal notificación no se verificó en la forma y en los términos que establece el artículo 2º de la ley 53 de 1909.

Resulta de autos:

1º Que los títulos que sirvieron de apoyo a la acción ejecutiva incoada en el presente juicio, son las resoluciones ministeriales, proferidas por el Ministerio de Correos y Telégrafos, marcadas con los números 2070 y 2071 de 26 de septiembre de 1938; 2242 de 20 de octubre y 1480 de 15 de julio del mismo año;

2º Que las mencionadas resoluciones no fueron notificadas personalmente, y que para los efectos de notificarlas por edicto, se fijaron éstos sin que transcurrieran quince días desde la fecha de tales resoluciones, pues respecto de las tres primeras se fijó el edicto al día siguiente de dictadas, y respecto a la última, se hizo esa fijación al cuarto día.

Estima la Corte que, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la ley 53 de 1909, las resoluciones ministeriales de que se trata, carecen de fuerza obligatoria, ya que no han sido notificadas al particular interesado en la forma prescrita por esa ley.

Bien se sabe que de acuerdo con nuestro régimen constitucional, nadie puede ser juzgado sin la plena observancia de las formas propias de cada juicio, y precisamente, las formalidades legales pretermitidas en el juicio administrativo de que han sido materia las citadas resoluciones ministeriales, son las que hacen relación al modo de notificarlas.

Además de que es principio general de nuestro derecho procesal, que ninguna providencia judicial, administrativa o legislativa produce efectos ni es obligato-

ria, si no ha sido notificada, promulgada o dada a conocer en la forma que las leyes o la constitución ordenan.

Esto sentado, es el caso de declarar improcedente la acción ejecutiva contra el principal deudor al faltarle, como le falta, eficacia jurídica al título que sirve de recaudo ejecutivo. Por esto, viene a ser igualmente ineficaz tal acción ejecutiva contra los fiadores solidarios.

Con respecto a los fiadores cabe también anotar, que al presente juicio no ha sido traída la comprobación plena de la existencia de la fianza que se dice constituyeron los señores Camacho y Velásquez para responder de los manejos del señor Díaz Agudelo. Por este aspecto tampoco progresaría la acción ejecutiva contra tales fiadores: la fianza debe estar expresa y claramente otorgada ya que ella no se presume, según lo estatuye el artículo 2373 del C. C.

Por virtud de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, REVOCA el auto ejecutivo del 24 de julio de 1939, pronunciado por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, objeto del presente recurso.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio.

TITULO EJECUTIVO — REQUISITOS PAR A QUE UNA OBLIGACION PRESTE MERITO EJECUTIVO — EXIGIBILDAD DE OBLIGACIONES A CARGO DE LOS DEPARTAMENTOS

De acuerdo con el artículo 982 del C. J. se requieren estas condiciones para que una obligación preste mérito ejecutivo: 1º que conste por escrito; 2º que el acto o documento contentivo de la obligación provenga del deudor o de sus causahabientes; 3º que el acto o documento constituya por sí solo plena prueba contra el deudor o emane de una decisión judicial que deba cumplirse, y 4º que del acto o documento resulte a cargo del deudor una obligación clara, expresa y actualmente exigible de hacer, de entregar o de pagar cantidades líquidas de dinero.

Cuando el artículo se refiere al acto o documento expresivo de una obligación ejecutiva, está contemplando la unidad jurídica del título mas en manera alguna la unidad material del documento en el sentido de que impida que la obligación pueda estar contenida en diferentes documentos del mismo valor legal y que complementándose entre sí constituyan el título de una obligación ejecutable inmediatamente.

Si el título está formado por varios documentos procedentes todos del deudor, y que por sí solos y uno a uno arrojen plena prueba contra él, de cuyo conjunto se infiera la obligación clara, expresa y exigible que quiere el artículo 982, parece que sería introducir un rigor innecesario negar la ejecución, debido a que la obligación no está toda vertida a un solo y único documento material. Se atendería así más al aspecto físico y enteramente formal de la acción que a su aspecto jurídico. Se abandonaría lo esencial, que es que se pruebe la existencia de un derecho indiscutible, por lo accidental, que es el número de los documentos que arrojan la plena prueba de ese derecho. No sería así viable una ejecución basada en un documento privado o en una escritura pública, proveniente del deudor, ilustrado o aclarado con un pliego de posiciones absueltas ante juez competente; o en un documento privado o escritura pública, completados con otros documentos de la misma índole.

2. Cuando se trata de obligaciones originadas en el ejercicio o desarrollo de *actos de imperio*, que las entidades administrativas realizan en forma potestativa y soberana, como cuando conceden auxilios, pensiones, recompensas, etc., la exigibilidad por parte de los agraciados, está sujeta a las normas del derecho público administrativo entre las cuales opera la de que no se puede hacer ninguna erogación que no figure en el presupuesto de gastos. En tanto que, cuando la obligación a cargo de la entidad administrativa procede de *actos de gestión* ejecutados en la condición de sujeto activo y pasivo de derecho, los cuales en las relaciones con los particulares están sometidos al derecho común, como cuando celebra contratos, o cuando los actos de la administración son controvertidos en juicio de donde resulten en la sentencia obligaciones a cargo de la entidad pública, entonces la exigibilidad de tales obli-

gaciones sigue la regla general sin que puedan los representantes de la entidad administrativa sustraerse legalmente al cumplimiento de tales obligaciones con la consabida respuesta de que "no se puede pagar todavía porque no hay partida en el presupuesto".

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio siete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Por medio de apoderado la señorita María Parra Patarroyo, presentó demanda ejecutiva ante el tribunal superior del distrito judicial de Tunja para que el departamento de Boyacá le pague la cantidad de ciento treinta y siete pesos con cincuenta centavos moneda corriente, junto con los respectivos intereses legales, por concepto de sueldos que dejó de pagarle durante el tiempo en que permaneció cesante en el cargo de directora de escuela rural del municipio de Miraflores.

Como título ejecutivo acompañó copia de la sentencia del tribunal seccional de lo contencioso administrativo de Tunja de fecha 23 de junio de 1941, por medio de la cual declaró nulo el decreto dictado por la gobernación de Boyacá, en que separó a la demandante del cargo de directora de la escuela rural municipal de San Antonio, en el municipio de Miraflores, ordenó que fuera restituída en el cargo, y se le pagaran los sueldos correspondientes desde el día 27 de enero del año citado hasta el día en que fuera restituída en las funciones que le había arrebatado la providencia anulada. Completando el título acompañóse también copia de la parte pertinente del decreto de fecha 11 de julio de 1941, dictado por el gobernador de Boyacá, en que restablece a la señorita María Parra en el cargo de directora de la escuela rural municipal de San Antonio; y una atestación de la dirección de educación pública del mismo departamento, según la cual el sueldo asignado en el presupuesto departamental al director de esa escuela es de $ 25.00 mensuales, "y este mismo sueldo ha tenido que ser el devengado por la actual directora y por su antecesora de la mencionada escuela".

El tribunal en auto del 22 de noviembre del año próximo pasado resolvió la demanda. Negó la acción fundado en que cuando la ejecución versa sobre el pago de una cantidad líquida de dinero, ésta debe estar representada por un guarismo cierto, o susceptible de ser ciertamente determinado "con base exclusiva en los mismos datos que ofrezca el instrumento en que consta la obligación y libre de toda clase de deducciones".

Por apelación está el negocio en la corte.

Entendió el tribunal que como la sentencia del contencioso de Tunja, no determinaba la suma líquida que debía pagarse a la señorita Parra, no prestaba así mérito ejecutivo, ni aún con el complemento de los demás documentos presentados con ella, pues para apreciar la cantidad líquida exigible ejecutivamente no se pueden considerar elementos distintos de los que suministra el fallo de cuyo cumplimiento se trate.

Esta tesis del tribunal formulada sin consideración al caso que ahora se contempla debe rectificarse, como quiera que su aplicación para resolver dicho caso, resulta en contradicción con el artículo 982 del código judicial.

De acuerdo con esta disposición se requieren estas condiciones para que una obligación preste mérito ejecutivo: 1º que conste por escrito; 2º que el acto o documento contentivo de la obligación provenga del deudor o de sus causahabientes; 3º que el acto o documento constituya por sí solo plena prueba contra el deudor o emane de una decisión judicial que deba cumplirse; y 4º que del acto o documento resulte a cargo del deudor una obligación clara, expresa y actualmente exigible de

hacer, de entregar o de pagar cantidades líquidas de dinero.

Cuando el artículo se refiere al acto o documento expresivo de una obligación ejecutiva, está contemplando la unidad jurídica del título mas en manera alguna la unidad material del documento en el sentido de que impida que la obligación pueda estar contenida en diferentes documentos del mismo valor legal y que complementándose entre sí constituyan el título de una obligación ejecutable inmediatamente.

Si el título está formado por varios documentos procedentes todos del deudor, que por sí solos y uno a uno arrojen plena prueba contra él, de cuyo conjunto se infiera la obligación clara, expresa y exigible que quiere el artículo 982, parece que sería introducir un rigor innecesario, negar la ejecución, debido a que la obligación no está toda vertida a un solo y único documento material. Se atendería así más al aspecto físico y enteramente formal de la acción que a su aspecto jurídico. Se abandonaría lo esencial, que es que se prueba la existencia de un derecho indiscutible, por lo accidental, que es el número de los documentos que arrojan la plena prueba de ese derecho. No sería así viable una ejecución basada en un documento privado o en una escritura pública, proveniente del deudor, ilustrado o aclarado con un pliego de posiciones absueltas ante juez competente; o en un documento privado o escritura pública, completados con otros documentos de la misma índole.

En el presente caso hay una sentencia ejecutoriada que obliga al departamento de Boyacá a pagarle a la señorita María Parra los sueldos como maestra de escuela rural municipal de "San Antonio" en Miraflores, desde el día 27 de enero de 1941 hasta el día en que se la restituya por el departamento en el mismo cargo. Existe el certificado de la dirección de educación pública de Boyacá, informando que la señorita María Parra fue reintegrada a su cargo de maestra por decreto número 254 de 11 de julio del año citado, y que el sueldo que debía devengar durante la cesantía fue de $ 25.00 mensuales. Esta certificación proviene del departamento, y al tenor del artículo 632 del c. j. hace plena prueba acerca de su contenido por estar elevada a la categoría de documento auténtico originado en un funcionario público, que lo emitió en el ejercicio de sus funciones. Resulta así palpable cuál es la prestación precisa y determinada a que fue condenada la entidad demandada, y de manera inconfundible e inequívoca se sabe ciertamente que ésta adeuda la cantidad de ciento treinta y siete pesos cincuenta centavos ($ 137.50), que son los sueldos que la sentencia ordena pagar. Deuda de plazo cumplido, líquida y por ende actualmente exigible.

Nada más se requiere para librar la ejecución. La sentencia, unida al certificado de la gobernación de Boyacá, establece el título ejecutivo configurado por el artículo 982 del c. j. Y no empece, como se dejó dicho, que ese título se componga de varios documentos, con tal que todos provengan del deudor, tengan contra el mismo el efecto de plena prueba y establezcan — como establecen los que ocupan la atención de la sala — una obligación clara, expresa y exigible de pagar una cantidad líquida de dinero al ejecutante.

De manera que por el aspecto examinado la ejecución demandada es procedente y legal.

Ahora, por lo que respecta a la objeción que se ha hecho por el representante de la entidad demandada, de que la exigibilidad de la obligación a cargo del departamento por los sueldos de la señorita Parra, está condicionada a que la suma necesaria para pagarlos esté incluída en el presupuesto de gastos del departamento, la sala encuentra oportuna la siguiente contestación que al reparo le da el tribunal:

"Cuando se trata de obligaciones originadas en el ejercicio o desarrollo de los **actos de imperio**, que las entidades administrativas realizan en forma potestativa y soberana, como cuando conceden auxilios, pensiones, recompensas, etc., la exigibilidad, por parte de los agraciados, está condicionada a las normas del derecho público administrativo entre las cuales opera la de que no se puede hacer ninguna erogación que no figure en el presupuesto de gastos. En tanto que, cuando la obligación a cargo de la entidad administrativa procede de **actos de gestión** ejecutados en la condición de sujeto activo y pasivo de derecho, los cuales en las relaciones con los particulares están sometidos al derecho común, como cuando celebra contratos, o cuando los actos de la administración son controvertidos en juicio de donde resulten en la sentencia obligaciones a cargo de la entidad pública, entonces la exigibilidad de tales obligaciones sigue la regla general sin que puedan los representantes de la entidad administrativa sustraerse legalmente al cumplimiento de tales obligaciones con la consabida respuesta de que 'no se puede pagar todavía porque no hay partida en el presupuesto'.

"En el caso de autos, la obligación de que se trata a cargo del departamento de Boyacá y a favor de la señorita María Parra Patarroyo se origina de una sentencia ejecutoriada proferida por el órgano jurisdiccional de lo contencioso administrativo, en juicio controvertido en que se ejercitó la acción privada y la pública para el restablecimiento del derecho violado por actos ilegales de la administración pública del departamento, como se deduce de la nulidad declarada en el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia en referencia, y por lo mismo, es clara y patente la condición que reune la obligación demandada de ser exigible, pues de otro modo se llegaría al absurdo de que el órgano ejecutivo del poder público pudiera desconocer, o por lo menos cumplir a su antojo, las decisiones ejecutoriadas del órgano jurisdiccional con la sola omisión de incluír en el presupuesto de gastos las partidas necesarias para atender al cumplimiento de las obligaciones originadas de sentencias o de contratos o de cualquier otra clase de actos jurídicos de gestión".

A mérito de lo considerado anteriormente la sala de negocios generales de la corte suprema de justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el auto apelado, y en su lugar resuelve:

Líbrase orden ejecutiva contra el departamento de Boyacá para que pague inmediatamente a la señorita María Parra Patarroyo la cantidad de ciento treinta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 137.50) valor de los sueldos de la ejecutada según la sentencia del tribunal administrativo de Tunja, mencionada en el curso de esta providencia; más los intereses legales de demora sobre esta suma desde que se ejecutoríe el mencionado fallo hasta que se pague la deuda.

Intímase esta ejecución al representante del departamento y hágansele las prevenciones de rigor.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Hernando García Pachón, Of. Mayor.

COMPETENCIA EN ASUNTOS REFERENTES A PRESTACIONES SOCIALES

Interpretando la Sala el artículo 1º de la ley 45 de 1939 ha dicho que es ésta una disposición de aplicación general y que comprende así a la nación como a los municipios. En consecuencia la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regulan únicamente por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes con el objeto de que a las clases favorecidas con las leyes de prestaciones sociales no se les dificulte entablar sus acciones de menor cuantía, así contra los departamentos o contra la nación, desde sus propios lugares de trabajo, de donde son vecinos, y en condiciones las menos gravosas.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio ocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Saúl Guzmán, por medio de apoderado, demandó ante el tribunal superior de Bogotá al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y a la nación para que mediante el trámite de los artículos 1208 y siguientes del código judicial se declare que tiene derecho a una pensión de jubilación de sesenta y dos pesos con cincuenta centavos ($62.50) mensuales desde el día 3 de enero de 1934 o el 5 de marzo del mismo año, de acuerdo con las leyes que conceden derechos a los empleados ferroviarios.

Aun cuando el trribunal se declaró incompetente para conocer del negocio por razón del artículo 1º de la ley 45 de 1939, la corte en recurso de apelación revocó este auto y dispuso que el tribunal sí tenía competencia. En obedecimiento a lo dispuesto por la corte el tribunal sustanció el juicio verbal que se le pedía, falliándolo en sentencia de 6 de octubre del año próximo pasado que negó las peticiones de la demanda, sentencia contra la cual interpuso el recurso de apelación el apoderado del actor y por eso los autos están nuevamente ante la corte,

Al fallar este negocio hay que decidir la cuestión previa de competencia del tribunal que se vuelve a suscitar no obstante el auto de la misma corte de que ya se hizo mérito. Como la jurisdicción es una cuestión de orden público que se rige por la ley y no por lo que en determinado momento se disponga en un auto interlocutorio, en el presente caso, como en muchos otros que han venido a la corte obliga la aplicación del alcance que ésta le ha dado en forma definitiva y por nueva jurisprudencia al artículo 1º de la ley 45 de 1939, alcance que lleva a la conclusión necesaria de que haya que revocar la sentencia apelada a efecto de declarar que ni el tribunal ni la corte son competentes para conocer de este negocio, prevaleciendo así la tesis que dentro de él sostuvo desde un principio el mismo tribunal.

En fallos del 28 de octubre y 14 de noviembre del año próximo pasado publicados en la Gaceta Judicial, Tomo LII, número 1979, se dejó ampliamente estudiado el punto de la competencia para conocer de las acciones sobre prestaciones sociales que se deben tramitar por juicio verbal; en uno de ellos se dijo lo siguiente que es plenamente aplicable al presente juicio y que sirve de fundamento a la resolución que se va a proferir:

"Aun cuando anteriormente la sala había admitido que de la clase de juicios co-

mo el presente contra la nación o los departamentos debían conocer los tribunales de distrito judicial en primera instancia, por aplicación del artículo 76, numerales 1º y 2º del código judicial, un estudio reciente y más meditado de la disposición arriba transcrita hecho en resolución del 28 de octubre último dictada en el juicio de Raimundo Barrero contra el departamento de Cundinamarca ha llevado a la sala a la convicción de que el artículo 1º de la ley 45 de 1939 es de aplicación general y que comprende así a la nación como a los departamentos.

"En efecto el artículo ordena, haciendo excepción a los principios generales del código, dos cosas: 1º que por la naturaleza del asunto cual es la de tratarse de garantías y derechos sociales, los juicios que se susciten tomen el procedimiento verbal que es más rápido y menos costoso para las clases trabajadoras; y 2º que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regule únicamente por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes con el objeto de que a la clases favorecidas con las leyes de prestaciones sociales no se les dificulte entablar sus acciones de menor cuantía, así sea contra los departamentos o contra la nación desde sus propios lugares de trabajo, de donde son vecinos, y en condiciones las menos gravosas.

"Para aplicar con acierto la ley 45 de 1939 —dijo la sala en la resolución aludida del mencionado juicio de Raimundo Barrero— hay que atender a su finalidad eminentemente social, ya que ella se expidió con claros propósitos de crear un procedimiento especial que protegiera particularmente los intereses de las personas en cuyo beneficio rigen las llamadas prestaciones sociales.

"Pudiera argüírse que ese entendimiento de la ley deja de lado el fuero de jurisdicción consagrado en el artículo 76 del C. J. para la Nación y para los Departamentos. Y además que tal disposición no puede ser derogada por el artículo 1º de la ley 45 de 1939, en forma implícita, pues ello contraría el principio de derecho de que en materia de jurisdicción las normas que la establecen han de resultar de disposiciones legislativas expresas. Mas a ese reparo se oponen con éxito estas razones que inclinan el parecer de la Corte:

"Al decir la ley 45 de 1939 que 'la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes' manifestó su voluntad, sin excepción, puesto que no expresó ninguna, de que todos los asuntos en que se ventilen controversias por aplicación de las leyes sobre accidentes de trabajo, pensiones de jubilación, seguros de vida, jornales y descanso dominical se regulen como allí se previene. 'El legislador es sabio', se dice, para significar con ello que al expedir una norma no ignora la existencia de otra u otras relacionadas con la nueva disposición. Cuando dio el estatuto contenido en la ley 45, artículo 1º, sabía que una regla anterior, el artículo 76 del C. J., atribuía a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el conocimiento de asuntos en que tengan parte la Nación y los Departamentos, y sin embargo determinó claramente que en los juicios sobre prestaciones sociales que el artículo enumera, la jurisdicción y la competencia de los jueces ordinarios se regulan por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes.

"Jueces ordinarios, jueces comunes, son expresiones de que se sirve el legislador para aludir a los del órgano judicial. No hay dentro de éste, jueces especiales, no ordinarios o extraordinarios. Luego al decir el artículo 1º de la ley 45 de 1939 que la jurisdicción y competencia de los jueces ordinarios se regula por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes, se refirió a la jurisdicción y competencia de todos los jueces y magistrados del Organo Judicial. La regla es pues general y por lo mismo ha de entenderse en el sentido de que todos aquellos funcionarios, sin excepción, conocen según ella previene, de los asuntos sobre prestaciones sociales que se ventilen ante dicho órgano.

"Así como el precepto citado señaló un

trámite especial para los juicios, el del procedimiento verbal, del propio modo sustrajo a las reglas generales sobre jurisdicción y competencia, inclusive frente a la del artículo 76, los negocios judiciales de que se viene tratando. Bien mirado, el artículo 1º de la ley 45 de 1939 es una disposición expresa sobre jurisdicción y competencia por los jueces ordinarios para el conocimiento de los asuntos aludidos, porque expresamente allí se previene que fallan en razón de la cuantía y de la vecindad de las partes, y ha de entenderse que ese ordenamiento, protector de los intereses de los demandantes quiso el legislador que se cumpliera en todos los casos, para que así la ley tuviese una completa efectividad, sin pensar que habrían de mantenerse jurisdicciones especiales preestablecidas contrarias al objetivo buscado por el propio legislador, en beneficio de los trabajadores, y que no se alcanzaría si aquellas hubieran de considerarse vigentes después de expedida la ley en cuestión. Es contrario a la finalidad de la misma que el particular interesado tenga que ir hasta el Tribunal respectivo a demandar el reconocimiento de su derecho, pues ello implica considerables erogaciones —como el sostenimiento allí de un apoderado judicial para ese objeto, la formación más dispendiosa de las pruebas, etc.— lo que repugna a la previsión legislativa, que al declarar exentas las actuaciones correspondientes de los impuestos de papel sellado y timbre nacional, proclamó su empeño por librar de erogaciones a los interesados y facilitarles el despacho de sus pedimentos ante la justicia".

A mérito de lo relacionado, la sala de negocios generales de la corte suprema de justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo objeto de la apelación y decide que este asunto no es de la competencia de la corte ni del tribunal de Bogotá.

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, Srio.

REQUISITOS PARA QUE HAYA TITULO EJECUTIVO

El juramento previo es requisito indispensable para que el reconocimiento de un documento privado le aporte a éste la eficacia necesaria como título ejecutivo.

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

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

El señor Arturo Tobón U., en su calidad de Superintendente encargado del Ferrocarril de Antioquia, solicitó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, la citación del señor Mario Uribe U. para que éste reconociera un recibo por la suma de cien pesos, proveniente de la reparación de un cloche en los talleres de dicho ferrocarril, y la carta en que ratificó dicho señor Uribe la existencia de esa deuda a su cargo; y asímismo solicitó también que se le requiriera para el pago de esa suma.

En tal virtud, el citado Tribunal ordenó la citación y el requerimiento pedidos, fijando el término de tres días para la verificación del pago respectivo.

La diligencia de notificación personal al señor Mario Uribe, la del reconocimiento y la del requerimiento referido, fueron extendidas en una sola constancia. Se observa, además, que en la diligencia del reconocimiento de los documentos precitados se prescindió de la formalidad del juramento. Con ello incurrió el Tribunal en negligencia o descuido, en el cumplimiento de lo prescrito en los artículos 639 y 640 del Código Judicial; y pasó por alto lo estatuído en el artículo 324 del mismo código.

Luégo de estas diligencias previas, ante el mismo Tribunal, el respectivo Fiscal, en nombre del Departamento de Antioquia, solicitó que se librara mandamiento de pago, por la vía ejecutiva, en contra de la persona y bienes del señor Mario Uribe U., por la suma de cien pesos ($ 100.00) moneda corriente, y sus intereses.

El Tribunal de la causa denegó la ejecución en auto del 18 de abril de 1941. Resuelto desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto contra tal auto, ha subido el negocio a esta superioridad en virtud de la apelación hecha valer en subsidio.

Agotado el trámite que corresponde a la alzada, se procede a decidirla mediante las siguientes consideraciones:

Estima esta Sala de Negocios Generales de la Corte que el instrumento que sirve de recaudo ejecutivo, no lleva aparejada ejecución contra el señor Mario Uribe U., por varias ostensibles razones, entre otras, las siguientes:

Primera. En el recibo en que se pretende fundamentar la acción ejecutiva aparece dicho señor Mario Uribe U. obrando en nombre de la sucesión de Ignacio Uribe Echeverri. Por tal motivo, el sujeto pasivo de la obligación que nazca de tal instrumento sería, por ahora, según lo que aparece esa sucesión, y nó otro.

Segunda. Porque la obligación de pagar la suma demandada, la condicionó en cierto modo el signatario, a la circunstancia de que se otorgara una escritura por una faja de terreno que dice le pertenecía en parte, lo que influye sobre la exigibilidad y claridad que debe tener todo título ejecutivo.

Tercera. Porque el juramento previo es requisito indispensable para que el reco-

nocimiento de un documento privado le aporte a éste la eficacia necesaria como título ejecutivo. Desde este punto de vista, repite la Corte que no han sido reconocidos bajo juramento el recibo y la carta de que se trata, irregularidad ya anotada.

Es por estas razones, por las cuales, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma el auto que ha sido objeto del recurso de apelación.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — José M. Blanco Núñez — Arturo Tapias Pilonieta.— Manuel Pineda Garrido, Srio.

MULTAS IMPUESTAS POR LOS RECAUDADORES Y BASADAS EN EL DECRETO 818 DE 1936

Las multas que se imponen por no llevar libros de cuentas conforme al artículo 30 del Decreto 818 de 1936 son perfectamente ilegales, pues el mencionado decreto establece una obligación no contemplada en las leyes que regulan las contribuciones sobre la renta o patrimonio. En efecto, la ley 78 de 1935 no previó ni prescribió la obligación de llevar libros de cuentas. Así, pues, el decreto aludido está en pugna con la ley que tiende a reglamentar.

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

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

La Administración de Hacienda Nacional de Nariño reconoció "a favor de la Nación y a cargo de la sucesión del señor Leonidas Delgado, representada por sus herederos señora Inés Zarama v. de Delgado, Rosario Delgado v. de Bucheli, Isabel D. de Woodcock y Alfonso Delgado Zarama la cantidad de quinientos noventa y seis pesos treinta y dos centavos" por concepto de multa y de impuestos sobre la renta, patrimonio y sus complementarios.

Con base en dicho reconocimiento, la citada Administración libró orden de pago, por la vía ejecutiva, a favor de la Nación y a cargo de la mencionada sucesión de Leonidas Delgado, representada por las mismas personas.

Después de la notificación del mandamiento de pago al apoderado de los ejecutados, éste propuso un pliego de excepciones, y por tal motivo ha subido el negocio a esta superioridad. Tramitado aquí el incidente respectivo, se procede a su decisión.

Excepciones propuestas

El apoderado de los ejecutados expresó en la siguiente forma los medios de defensa en favor de sus representados:

"Las excepciones que alego son las siguientes: cobro de lo no debido, pago, compensación, dolo, falsedad, falta de causa y cualquier otro hecho que resulte acreditado en virtud del cual las leyes desconozcan la existencia de la obligación o la declaren extinguida, si alguna vez existió, o la expresión que pueda deducirse de los hechos que paso a enumerar como fundamento de las que aduzco o menciono.

"Hechos

"1º Mediante escritura pública número 915 de fecha 21 de diciembre de 1939, pasada ante el Notario número 1º de Pasto, el señor Leonidas Delgado dio en venta y enajenación perpetua a sus hijos legítimos Rosario D. v. de Bucheli, Isabel D. de Woodcock y Alfonso Delgado Zarama los predios llamados San Antonio, Armenia con el potrero Chapalito, Riobobo y Florencia, por los linderos y ubicación que describe la escritura citada;

"2º Para el otorgamiento de la dicha escritura o contrato, se pagaron los derechos que gravan las donaciones, como consta en el recibo inserto en la dicha escritura, según el cual aparece que se pagó la cantidad de **tres mil noventa pesos**, en la Administración de Hada. Nal., pago que se discrimina en el certificado expedido por el Síndico de Lazaretos, que se

puede leer también a continuación del precitado recibo;

"3º En el contrato de compraventa a que vengo refiriéndome, contenido en la escritura ya mencionada, el vendedor solamente se reservó la propiedad de los semovientes que había en los fundos vendidos o donados, para pagar las deudas hipotecarias que tenía con algunas instituciones bancarias, que montaban a algo más de doce mil pesos.

"4º El día 22 o 23 de diciembre del año de 1939 falleció el señor Leonidas Delgado, como se comprobará con las respectiva (sic) partida de defunción;

"5º Muerto el señor Leonidas Delgado, su cónyuge sobreviviente, señora Inés Zarama v. de Delgado, hizo ante la Administración de Hacienda Nal. la correspondiente declaración sobre la renta y patrimonio de la sucesión en relación con el citado año de mil novecientos treinta y nueve.

"6º La Administración de Hacienda Nacional, al hacer la estimación y liquidación, modificó sin causa alguna la declaración hecha, y así, aumentó el patrimonio con la suma de ciento dos mil pesos; y después de deducir las deudas por valor de $ 12.635.17 y la exención inicial de $ 10.000, liquidó, por concepto de patrimonio, la cantidad de $ 196.28; pero no fue esto todo, sino que, bajo el pretexto de declaración inexacta, impuso el recargo del ciento por ciento, o sea, la cantidad de $ 273.16, y, además, impuso la multa de $ 50 dizque porque no se llevaban libros, siendo esto falso, porque en la misma declaración mi mandante declaró que sí llevaba los libros".

Considera la Corte:

Mediante copia de la escritura número 915 del 21 de diciembre de 1939 otorgada ante el Notario primero de Pasto, y la certificación de su correspondiente registro en el Circuito de Túquerres (folios 1 a 6 del cuaderno número 4), podrían tenerse por probados los hechos primero, segundo y tercero, alegados como exceptivos.

Con la partida de defunción que aparece al folio 7 del mismo cuaderno se acredita el hecho cuarto relativo a la muerte del señor Leonidas Delgado.

En cuanto al hecho quinto transcrito anteriormente y respecto a que "la Administración de Hacienda Nal., al hacer la estimación y liquidación, modificó sin causa alguna la declaración hecha (se subraya), y así, aumentó el patrimonio con la suma de CIENTO DOS MIL PESOS; y después de deducir las deudas por valor de $ 12.635.17 y la exención inicial de $ 10.000, liquidó, por concepto de patrimonio, la cantidad de $ 196.28...", la Corte acoge en parte el siguiente concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil:

"Hago referencia al juicio ejecutivo seguido por la Nación contra la sucesión de Leonidas Delgado, y de modo especial a la demanda de excepciones incoada.

"En concepto de este Despacho las alegaciones de la parte excepcionante son ajustadas a lo jurídico, en lo pertinente al pago del impuesto.

"Ensayar argumentos en contra de la tesis expuesta, en lo fundamental, por la parte actora en el incidente, sería propugnar porque se consumara un enriquecimiento ilegítimo a favor del Estado.

"Los funcionarios recaudadores del Fisco han de conocer y aplicar de manera coordenada y armónica los distintos estatutos legales sobre impuestos que rigen la causa de las contribuciones, de manera tal que sus ordenaciones consulten los elementos intrínsecos necesarios en todo acto jurídico.

"Así, en el caso de autos, no basta la simple atestación notarial de haberse efectuado una 'venta' —título cuya calificación obra ciertos efectos con relación a terceros ajenos al acto— pero que liga al Estado para efectos de las cargas impositivas que lo gravan mediante la declaración hecha por el mismo Estado de ver allí un acto diferente, que no es otro que una DONACION (a. 66, Ley 63 de 1936)".

Por tanto, cuando los funcionarios recaudadores de contribuciones, con base

en el artículo 66 de la ley 63 de 1936, estimaron, para efectos fiscales, que fue una donación el acto jurídico verificado por el señor Leonidas Delgado, tendiente a distribuír sus bienes entre sus herederos, deben asimismo considerar disminuído el patrimonio del donante para el cobro de los impuestos sobre renta y patrimonio en una suma igual a la de la donación, y, en consecuencia, abstenerse de hacer recaer tales impuestos sobre los bienes reputados como materia de la donación hecha por el difunto.

En relación con la multa de cincuenta pesos que se impone por la falta de libros registrados en la Recaudación de Hacienda y que está justificada a juicio del señor Procurador Delegado en lo Civil, no comparte la Corte la opinión de este distinguido funcionario.

Ya esta Sala de Negocios Generales se ha pronunciado en el sentido de considerar que no cabe aplicar una sanción de esa clase con base en la obligación establecida por el Decreto No. 818 de 1936, por haber este Decreto estatuído sobre materia sólo al legislador reservada.

El pensamiento de la Corte, sobre esta materia, quedó expresado ya en providencias anteriores, de las cuales se inserta lo siguiente que contiene la dictada con fecha 24 de junio último en el incidente de excepciones propuesto por el señor Juan B. Castaño R.

Dijo la Corte:

"Según se desprende del texto transcrito del correspondiente pliego de excepciones, el hecho exceptivo que alega el ejecutado se limita a impugnar lo atinente a la multa de doscientos pesos que se le impuso por no llevar los libros de cuentas que ordena el artículo 30 del Decreto número 818 de 1936.

"Sobre este particular ya la Corte se ha pronunciado en juicios de esta misma índole, y en los cuales se alegó la irregularidad de que adolece dicha disposición del decreto citado, en cuanto establece una obligación no contemplada en las leyes que regulan las contribuciones sobre la renta, patrimonio, siendo, por ello, infundadas las multas que con motivo de la transgresión de esa obligación, imponen los respectivos Administradores o Recaudadores de esos impuestos.

"En efecto, la ley 78 de 1935 no previó ni prescribió la obligación de llevar libros de cuentas. El decreto número 818 de 1936, que ordena esa formalidad por vía de reglamentación, está en pugna con la ley que tiende a reglamentar y es, por tanto, no sólo ilegal, sino inconstitucional, porque en tales condiciones, el Ejecutivo se atribuye, sin fundamento en la ley, funciones que son de la privativa incumbencia del Organo Legislativo del Poder Público.

"Es, por consiguiente, el caso de reproducir aquí, lo ya expuesto en la providencia de esta Sala del dos del presente y en la cual se dijo lo siguiente:

'En cuanto a la multa impuesta al ejecutado por no llevar libros, la Corte estima que el excepcionante ha demostrado plenamente la ilegalidad de esa sanción.

'En efecto, la multa se impuso con base en el decreto ejecutivo número 818 de 1936, reglamentario de la ley 78 de 1935. Empero, entre el estatuto legal y su decreto reglamentario se advierte una notoria contradicción proveniente de que en la precitada ley 78 no se previó la formalidad de llevar libros que el decreto establece, sancionando con multas la omisión. Frente a semejante contradicción entre la ley y su decreto reglamentario es de rigor aplicar de preferencia el ordenamiento legal, conforme a elementales normas de interpretación. Así las cosas, el ejecutado Rodríguez no puede ser obligado a pagar una multa impuesta con base en una disposición reglamentaria notoriamente ilegal. Debe por lo tanto declararse probada la respectiva excepción propuesta por la parte ejecutada.

'El Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre la ilegalidad del decreto ejecutivo en referencia, como puede verse de los siguientes apartes de la sentencia proferida por dicha entidad el día 7 de julio de 1940:

'No puede, por tanto, el Jefe del Estado, bajo pretexto de reglamentación, dictar normas nuevas, y así no puede establecer ni una pena ni un impuesto que no estén previstos en la ley ni exigir formalidades distintas a las establecidas por la ley. Al exigir el Decreto 818 de 1936 la formalidad, no prevista en la ley, de llevar libros y sancionar con multa la omisión, creó una contradicción entre la ley y su decreto reglamentario que, como es obvio, debe resolverse a favor de la primera, con base en claras normas sobre interpretación.

'En estas condiciones es claro para el Consejo que los empleados encargados de liquidar el impuesto sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades no pueden imponer multas sobre la omisión de llevar los libros exigidos por el Decreto 818 tantas veces citado'. (Anales del Consejo de Estado, año XXII, números 293 a 295, página 557".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara probadas las excepciones de cobro de lo no debido, pago y compensación, y ordena que cese la ejecución y que se desembarguen los bienes que se hubiere embargado.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio.

INCIDENTE DE NULIDAD POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA DE UNA DE LAS PARTES, YA ADJETIVA, YA SUSTANTIVA

1.—El artículo 448 del C. J. contempla el caso de ilegitimidad en la personería: 1º cuando la persona (demandante o demandado) carece de capacidad para actuar en un proceso —sea por su edad, o por estar demente, o en interdicción de administrar sus bienes, etc. 2º Cuando su representante legal o convencional esté incapacitado para actuar como tal, por no llenar los requisitos que exige la ley a los abogados, o por ejercer un poder mal conferido, o por ejercitarlo en asunto que no le corresponde, etc. Lo que la ley tacha de acto vicioso en el artículo 448, ordinal 2º, es el proceso seguido a persona o contra persona incapaz, o por individuo sin facultades intrínsecas para presentarse como actor o como apoderado. En manera alguna puede decretarse una nulidad por carencia de interés de la persona que vendió todos sus derechos en una sucesión cuando se le intimó el mandamiento ejecutivo. Es este un punto que en nuestra legislación civil no cabe como causal de nulidad. 2.—La solidaridad en el pago no proviene del carácter, ni de la cantidad de los bienes materiales o de los efectos económicos o patrimoniales de una herencia, sino de la relación jurídica de la persona respecto de la herencia. Pero mientras no aparezca ante el empleado recaudador, en los juicios sucesorios, la persona o personas que han de continuar desempeñando el puesto que le corresponde al heredero, éste se halla obligado ante la ley al pago de los impuestos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El abogado Síndico Recaudador del Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones, investido de la autoridad de juez ejecutor con jurisdicción coactiva, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra la sucesión de José Florentino García Quiñones con vista en la liquidación número 394 bis de 1º de diciembre de mil novecientos treinta y ocho.

Se intimó el mandamiento de pago al heredero solidario (artículo 24, ley 63 de 1936), señor Florentino García Russi, hijo legítimo del causante, quien manifestó en el acto de la notificación que no tenía dinero para verificar el pago, y denunció para tal efecto, la finca "Betania", perteneciente a la sucesión, situada en el municipio de Saboyá, Departamento de Boyacá. El mismo mandamiento se notificó e intimó posteriormente al doctor Leandro Medina, apoderado de algunos interesados, quien igualmente denunció bienes suficientes para el pago de la cantidad que se cobra por concepto de impuestos a la sucesión.

Adelantada la ejecución, los abogados Leandro Medina y Avelino Manotas, en representación de los causahabientes, con excepción del señor Florentino García Russi, pidieron que se declarara la nulidad de lo actuado desde la intimación del mandamiento a García Russi hasta el actual momento procesal del juicio.

Alegan los mencionados apoderados la falta de personería del señor García Russi para representar legal o convencionalmente a la sucesión: primero, porque no tenía interés de hijo legítimo del difunto José Florentino el veinte de mayo, día de la intimación y notificación del mandamiento ejecutivo, porque había vendido

todos sus derechos; y segundo, por carecer de las calidades que exige la ley para representar a otro en juicio, en el carácter de abogado.

Negada la petición de nulidad, en providencia de veinticuatro de septiembre del año próximo pasado, así como el recurso de reposición interpuesto, los autos llegaron en apelación a la Corte, donde tramitado el negocio en forma legal, se procede a dictar fallo.

La cuestión planteada se refiere a nulidad por ilegitimidad en la personería, ya adjetiva, ya sustantiva. Que el intimidado García Russi no la tiene adjetiva "porque no es ni puede ser apoderado legal de ninguno de los obligados a responder de la ejecución, puesto que no es abogado ni persona capacitada legalmente para litigar en nombre de ninguno de los que son parte.... Y no tiene personería sustantiva porque no tiene derecho ni interés legal por sí mismo en la sucesión de José Florentino García Q., ni lo tenía desde mucho antes de dictarse el mandamiento ejecutivo del 20 de mayo de 1941".

Fundada esta nulidad por el actor en el artículo 448, ordinal 2º del código judicial, debe circunscribirse su estudio al hecho y el derecho invocados.

La disposición contempla el caso de ilegitimidad en la personería: 1º cuando la persona (demandante o demandado) carece de capacidad para actuar en un proceso —sea por su edad, o por estar demente, o en interdicción de administrar sus bienes, etc.—; y 2º cuando su representante legal o convencional está incapacitado para actuar como tal, por no llenar los requisitos que exige la ley a los abogados, o por ejercer un poder mal conferido, o por ejercitarlo en asunto que no le corresponde, etc.

A la luz de lo dicho, la Sala encuentra que el primer motivo alegado para pedir la nulidad, o sea, el de ilegal representación convencional de la sucesión por el señor García Russi, es el caso de rechazarlo de plano, porque en ninguna parte del juicio el susodicho García se presume de tal, ni ha presentado poder de ninguna clase, para que por este hecho se le impugne, ni ha tenido, ni tiene pretensiones que aparezcan de manera manifiesta en el expediente en ese sentido. Que por el contrario, bien claro aparece en los autos que por ser parte legítima, hijo legítimo del causante, ha intervenido en persona e interviene, por virtud del artículo 24 de la ley 63 de 1936, en forma responsable y solidaria con el resto de los causahabientes.

El segundo motivo porque se pide la nulidad —carencia de interés de García Russi por cuanto había vendido todos sus derechos en la sucesión cuando se le intimó el mandamiento ejecutivo— es punto que en nuestra legislación civil no cabe como causal de nulidad. Porque lo que la ley tacha de acto vicioso, en el artículo 448, ordinal 2º, es el proceso seguido a persona o contra persona incapaz, o por individuo sin facultades intrínsecas para presentarse como actor o como apoderado.

El hecho jurídico que encierra la petición de los mentados abogados es el de que la demanda se dirige contra diversa persona de la obligada a responder por la cosa o hecho que se reclama. Esto, que no es causa de nulidad, ha podido ser materia de un recurso exceptivo de los interesados.

El fallo que en casos como éste se pronuncia no debe entenderse que encubre los actos maliciosos del juzgador, cuando obrando con jurisdicción coactiva y en los negocios en que la ley lo autoriza para proceder por iniciativa propia, intima mandamiento de pago a persona distinta de la obligada a responder.

En el asunto sub-judice la Sala estima libre de responsabilidad en tal sentido al señor Síndico ejecutor, porque en el expediente las pruebas por las cuales se desconocen los derechos y acciones de García Russi en la sucesión, aparecen a última hora, para afirmar y apoyar la petición de nulidad que se falla.

Esto hace considerar que los cesiona-

rios de García Russi no se hicieron parte en el juicio sucesorio; no entraron a ocupar el lugar que le pertenecía a aquel, tanto para recibir lo correspondiente a sus derechos comprados, como para efectuar el pago de los impuestos que les cupieran, y que en consecuencia el señor Síndico Recaudador del impuesto de herencias, asignaciones y donaciones procedió en la liquidación y en el cobro del impuesto, teniendo razonablemente como uno de los deudores al señor García Russi.

Visto que no concurre nulidad por ilegitimidad de la personería, o sea, por falta de persona responsable en el juicio, puesto que en el peor de los casos lo sería el señor García Russi por haber aceptado en nombre de los otros herederos toda la responsabilidad en el pago, se contempla el problema jurídico de si la solidaridad de que trata el artículo 24 cuando la notificación se hace a persona sin nexo natural o contractual respecto de la herencia y de los herederos, se extiende a éstos.

La solidaridad en el pago no proviene del carácter, ni de la cantidad de los bienes materiales o de los efectos económicos o patrimoniales de una herencia, sino de la relación jurídica de la persona respecto de la herencia. Pero mientras no aparezca ante el empleado recaudador, en los juicios sucesorios, la persona o personas que han de continuar desempeñando el puesto que le corresponde al heredero, éste se halla obligado ante la ley al pago de los impuestos.

El proveído judicial de que se notificó García Russi con carácter solidario para los demás herederos; ante el hecho demostrado hoy de que es persona extraña a los intereses de la herencia, no obliga a aquellos. No puede obligarlos porque la solidaridad imperativa de la ley, establecida en el artículo 24 de la ley 63 de 1936, no lo autoriza, y porque la solidaridad contractual de que hablan los artículos 1568 y siguientes del código Civil no aparece en autos que se haya pactado.

La solidaridad en este negocio no existió, ni existe. Pero como no es por virtud del fenómeno jurídico de solidaridad como los asignatarios o legatarios de una sucesión se obligan al pago de los impuestos, sino por efecto de leyes de carácter fiscal con que el Estado busca participación en los bienes de una persona; se tiene, siguiendo las reglas generales, que el señor Síndico pudo por su cuenta decretar el embargo de bienes de la sucesión, en cantidad suficiente para el pago. Si como ejecutante no lo hizo, fue porque un tercero que pasaba de buena fe ante el Síndico como interesado jurídica y económicamente en la herencia, se le adelantó, lo mismo que a los verdaderos obligados, en el denuncio de los bienes.

Resumiendo los dos puntos principales en estudio resulta: 1º que la intervención de García Russi debió alegarse oportunamente por medio de excepciones, como persona demandada en un juicio en que no debía serlo; empero quedan a salvo en el particular, a los presuntos lesionados, los medios legales para reclamar de García Russi sanción penal e indemnización de perjuicios por el acto que verificó; y 2º que sin embargo de no mediar solidaridad para el pago, los herederos y cesionarios, que todos se hallan debidamente notificados en este juicio, deben concurrir a efectuar el pago, para lo cual los bienes denunciados, inclusive el que oficiosamente presentó García Russi, perteneciente a la sucesión, están respondiendo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la providencia de veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno proferida por la Sindicatura del impuesto de herencias, asignaciones y donaciones, en el juicio ejecutivo promovido contra los herederos de José Florentino García Quiñones.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

NULIDAD DE LO ACTUADO POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA DE LA PARTE EJECUTADA

Todo recurso, toda acción que deba hacerse valer ante el poder judicial, para ser viable, y para que aquel pueda adquirir jurisdicción para conocer de él, presuponen la capacidad legal y la existencia de la persona que promueve tal acción o recurso; de manera que cuando esa persona es una sociedad la existencia legal de ella debe encontrarse acreditada en autos, así como la capacidad de la persona que deba representarla en juicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto diez de mil novecientos cuarenta y dos.

En el juicio ejecutivo que adelanta el Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá contra la "Compañía Minera La Primavera" por suma de pesos deducida a su cargo en concepto de impuestos sobre la renta y patrimonio durante el año gravable de 1940, el señor Wenceslao Uribe, en su calidad de gerente de la sociedad demandada, se notificó del mandamiento de pago, y posteriormente presentó un pliego de excepciones.

Para la ventilación del incidente respectivo ha sido enviado el negocio a esta Superioridad. Pero antes de darle curso a las excepciones propuestas, se observa que no está debidamente acreditada la personería jurídica de la entidad demandada, ni que el señor Wenceslao Uribe sea su representante legal.

Por justificadas razones de economía procesal, tendiente a evitar una probable nulidad del proceso por ilegitimidad de personería, tanto como por la naturaleza especial del juicio ejecutivo que exige la determinación cierta de los sujetos activos y pasivos de la respectiva acción, antes de que el juicio continúe avanzando, se hace necesaria la previa comprobación de la existencia legal de la persona jurídica de derecho privado que ha sido demandada y la personería de su representante.

Además, todo recurso, toda acción que deba hacerse valer ante el poder judicial, para ser viable, y para que aquél pueda adquirir jurisdicción para conocer de él, presuponen la capacidad legal y la existencia de la persona que promueve tal acción o recurso; de manera que cuando esa persona es una sociedad, como aquí es el caso, la existencia legal de ella debe encontrarse acreditada en autos, así como la capacidad de la persona que deba representarla en juicio.

Por lo expuesto, se ordena poner en conocimiento de las partes la existencia de la causal de nulidad anotada, a virtud y para los efectos de lo prescrito en el artículo 455 del Código Judicial.

Notifíquese.

José M. Blanco Núñez — Manuel Pineda Garrido, Srio.

NULIDAD DE UN JUICIO

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, septiembre catorce de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

La Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, reconoció a favor de la Nación y a cargo de la Compañía Minera La Primavera la suma de $ 581.83, por concepto de impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1940. Con base en dicho reconocimiento, el Juzgado de Rentas Nacionales de esta ciudad, libró orden de pago por la vía ejecutiva para la efectividad de ese crédito a favor del tesoro nacional.

El señor Wenceslao Uribe, diciendo ser el gerente o representante de la sociedad demandada, se notificó del mandamiento de pago, y posteriormente presentó un pliego de excepciones. Por este motivo ha subido el negocio a esta superioridad.

Habiendo observado el Magistrado ponente, a quien correspondió la sustanciación de la alzada, que no estaba debidamente acreditada en autos la existencia legal de la entidad ejecutada, ni la representación asumida por el señor Wenceslao Uribe, ordenó, en auto del 10 de agosto del año en curso, poner en conocimiento de las partes la existencia de la causal de nulidad que tal circunstancia implica, a virtud y para los efectos de lo prescrito en el artículo 455 del Código Judicial.

La precitada providencia fue fundamentada en los siguientes términos:

"Por justificadas razones de economía procesal, tendientes a evitar una probable nulidad del proceso por ilegitimidad de personería, tanto como por la naturaleza especial del juicio ejecutivo que exije la determinación cierta de los sujetos activos y pasivos de la respectiva acción, antes de que el juicio continúe avanzando, se hace necesaria la previa comprobación de la existencia legal de la persona jurídica de derecho privado que ha sido demandada y la personería de su representante.

"Además, todo recurso, toda acción que deba hacerse valer ante el poder judicial, para ser viable, y para que aquél pueda adquirir jurisdicción para conocer de él, presuponen la capacidad legal y la existencia de la persona que promueve tal acción o recurso; de manera que cuando esa persona es una sociedad, como aquí es el caso, la existencia legal de ella debe encontrarse acreditada en autos, así como la capacidad de la persona que deba representarle en juicio".

El señor Procurador Delegado en lo Civil, representante de la parte ejecutante, nada manifestó sobre el particular, pero el señor Wenceslao Uribe, quien ha intervenido en el proceso con el carácter que dijo tener en relación con la representación legal de la parte ejecutada, ha manifestado que no allana la causal de nulidad que se hizo conocer en la forma indicada.

Consideraciones de la Corte.

La naturaleza especial del juicio ejecutivo, de ser un proceso en que se persigue el cumplimiento de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, requiere, además, la determinación precisa y cierta del sujeto pasivo de la acción ejecutiva.

De ahí que en numerosas ocasiones la Corte ha creído indispensable que en los juicios ejecutivos se establezca plenamente la legitimidad de la personalidad jurí-

dica de la parte ejecutada y la de su representante, como cuestiones esenciales para librar la ejecución.

No estando, como no lo está aquí, comprobada la existencia legal de la sociedad que se ejecuta, es evidente la carencia de base jurídica para adelantar la presente ejecución, pues la confesión del señor Wenceslao Uribe no es medio idóneo para acreditar ni la existencia de la entidad demandada, ni que él la representa como su gerente o administrador. Tales hechos no se pueden dar por acreditados, sin que se haya presentado el correspondiente extracto notarial debidamente registrado en la Cámara de Comercio del domicilio de la Sociedad ejecutada, que se presume es, según lo que aparece hasta ahora, una sociedad anónima, cuya constitución debe estar gobernada por las disposiciones legales pertinentes.

La señalada ilegitimidad de la personería vicia desde su principio el juicio en referencia, y enerva, asímismo, la propia acción ejecutiva, pues no existiendo jurídicamente la persona obligada, tampoco existiría un patrimonio sobre el cual se pudiese obtener la efectividad de lo que se cobra ejecutivamente, en la forma que se ha demandado.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, DECRETA la nulidad del presente juicio desde el auto que libró la ejecución.

Costas a cargo del Juez Ejecutor, quien pagará la mitad de ellas, y la otra mitad serán de cargo del señor Wenceslao Uribe, de conformidad con lo estatuído en el artículo 458 del Código Judicial.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

ACCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS. — ACTOS ADMINISTRATIVOS PROPIOS DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. — INMUTABILIDAD DE SUS DECISIONES POR LA JUSTICIA ORDINARIA

1.—La Resolución ministerial por la cual se facultó al Fiscal del Tribunal de Bogotá para promover la declaración de baldío de un predio a favor de la Nación es un acto administrativo cuyo control jurisdiccional es ajeno a la Corte, pues la ley 130 de 1913 le veda decidir acerca de la nulidad o validez de ese acto. La jerarquía compete en orden a establecer la ilegalidad del procedimiento por existir decisiones anteriores en sentido contrario, también de orden administrativo, es otra. Si la Corte asumiera esa jerarquía obraría fuera de sus atribuciones. Porque todo negocio de índole administrativa, de acuerdo con la ley citada, entra al contencioso de su índole, cualesquiera que sean las personas, sin que los jueces comunes posean en el particular ningún poder de decisión. Arreglado el acto administrativo en sus condiciones de forma y de competencia a la ley, al poder judicial le incumbe respetarlo mientras la respectiva jerarquía jurisdiccional no resuelva acerca de su invalidez. El anterior principio es hoy un postulado inconcuso en el derecho y en la organización del Estado colombiano, reconocido como el más serio avance de nuestras instituciones. Y de acuerdo con principios de derecho administrativo en la legislación colombiana no son revocables los actos administrativos que por autoridad de la ley crean un derecho patrimonial en pro de un tercero, como en el caso del artículo 77 del Código Fiscal, sobre adjudicación de baldíos, o a las resoluciones administrativas sobre adjudicación de minas, etc.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Félix Antonio Otero, por medio de apoderado especial, en libelo de fecha 10 de abril de 1939, demandó ante el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá a la nación colombiana, representada por el respectivo agente del ministerio público, para que previos los trámites del juicio ordinario se declare:

"Primero.—Que la Nación debe responder, de toda clase de perjuicios sufridos por Félix Antonio Otero, por causa de los hechos que sirven de fundamento a la presente acción, como que han sido ejecutados en parte por funcionarios del Estado, y otros han tenido como fundamento el procedimiento de tales funcionarios.

"Segundo.—Que la Nación debe pagar a mi mandante, tres días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin al presente litigio, la cantidad de CIENTO VEINTE MIL PESOS, como valor de los perjuicios sufridos por Félix Antonio Otero, o bien la cantidad que en el curso del juicio se demuestre".

Los hechos fundamentales de la demanda pueden resumirse así:

1º La real audiencia de Santa Fe de Bogotá, por título expedido el cinco de julio de 1804 autorizado por el escribano de Cámara, doctor Francisco José Aguilar, trasmitió en propiedad a Joaquín Salazar Esguerra, una extensión de tierra, ubicada entonces en el municipio de Pasca, y

alinderada como se expresa en el libelo;

2º El aludido inmueble se siguió trasmitiendo de manera regular, por medio de ventas sucesivas, hasta llegar a la adquisición hecha por el demandante en las escrituras públicas números 71 y 736 de fechas 22 de enero de 1926 y 8 de octubre de 1928, respectivamente, conforme a las cuales el señor Otero es dueño de la mayor parte del terreno a que se alude en el punto 1º.

3º Hasta principios del año de 1932, el señor Otero estuvo en quieta y pacífica posesión del inmueble en referencia, tal como lo habían estado también sus antecesores;

4º En el año de 1932, una comisión de empleados del extinguido ministerio de industrias, al tratar de localizar la alinderación de los títulos existentes a favor del señor Genaro Torres Otero, con el fin de discutirle en juicio ordinario la propiedad, comprendió dentro de la alinderación de la finca que es o fue de propiedad del señor Torres, la del demandante Otero, sin que el citado Torres hubiese sido dueño en ninguna época del inmueble del actor.

5º El expresado ministerio de industrias, en resolución número 53 de 12 de septiembre de 1932, autorizó al fiscal segundo del tribunal superior de este distrito judicial para que promoviera contra Genaro Torres Otero y sus causahabientes, un juicio ordinario en el cual se declarara que toda la extensión de tierra a que se refiere la resolución, es baldía y por lo mismo de propiedad nacional; en la petición 2ª del respectivo libelo se abarca en toda su extensión la finca del actor;

6º El aludido juicio ordinario fue promovido a pesar de que ya antes el Ministerio de Agricultura y Comercio, en resolución número 276 de 25 de noviembre de 1919 había declarado, que todas las tierras de El Pilar, entre las cuales figura la del actor, eran de propiedad privada. Esta última resolución ministerial está actualmente vigente, porque no ha sido revocada por ninguna autoridad competente, y el hecho de haberse expresado en la parte motiva de la resolución número 53, que la número 276 es nula, no es motivo suficiente, para darla hoy por inexistente.

7º Una vez iniciado el referido juicio ordinario, los propietarios de la región de El Pilar, se vieron despojados de su posesión, y entre ellos está el demandante, quien fue despojado de la mayor parte de su posesión, por más de veintiocho personas, quienes se denominan colonos y alegan como fundamento de su actitud el haber tenido conocimiento de que la nación reclama la finca del señor Otero como baldía.

8º El precitado juicio ordinario parece que fue promovido con el único propósito de perjudicar a las personas comprendidas en la demanda, ya que ésta, una vez admitida y registrada en la oficina correspondiente, no ha sido agitada por el representante del Estado en ninguna forma; y

9º "En síntesis, la Nación —termina diciendo el apoderado del actor— debido a la ejecución de los hechos relatados hasta aquí, y de los cuales como he dicho debe responder por ser imputables a hechos dolosos o al menos culposos de sus empleados, le han causado perjuicios a mi cliente, por valor de ciento veinte mil pesos, perjuicios que han tenido como causa, el desconocimiento por parte del Estado del contenido de la Resolución número 276 de 25 de noviembre de 1919; de haber provocado la nación, una demanda descabellada en la cual, se reconoce la existencia de un título originario del Estado por el que salió de su poder el inmueble descrito en el punto primero de este libelo; el haber sacado del comercio, indebidamente, la finca de mi poderdante; el haber dado lugar a que varios usurpadores, amparados por el procedimiento de la Nación al proponer una demanda fundamentalmente inepta, privaron a mi mandante, de la posesión de casi la totalidad de su inmueble; y finalmente, porque dio también lugar a todos los desma-

nes de que ha sido víctima mi mandante y su familia por parte de los usurpadores".

El fiscal del tribunal a quo, al descorrer el respectivo traslado de la demanda, declaró no constarle la mayor parte de los hechos fundamentales en que ella se basa, aceptó otros, y formalmente se opuso a que se hicieran contra la nación las declaraciones del libelo, después de oponer algunas excepciones dilatorias que fueron decididas en sentido desfavorable a las pretensiones del ministerio público.

Surtida la tramitación de la primera instancia, el tribunal pronunció sentencia definitiva el día 16 de agosto de 1940, en cuya virtud fueron negadas en su totalidad las declaraciones de la demanda y absuelta por consiguiente la nación de todos los cargos contra ella formulados.

El apoderado del demandante interpuso entonces apelación contra el fallo de primer grado, recurso que el tribunal concedió para ante esta sala de la Corte en auto del 9 de septiembre siguiente. Aquí se encuentran ya agotados los trámites de la segunda instancia, la cual fue seguida con audiencia del señor procurador delegado en lo civil. Y como no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado la sala entra a fallar en definitiva.

El tribunal en el fallo apelado comienza por hacer una acertada condensación de las fuentes de donde podrían derivarse los perjuicios que en la demanda se le reclaman al Estado:

"a) La Resolución número 53 de 12 de septiembre de 1932 por medio de la cual el Ministerio de Industrias, contra lo declarado en la número 276 de 25 de noviembre de 1919, reputó como baldío el globo de terreno de "El Pilar" de que forma parte el que se deslinda como de propiedad privada del actor, y dispuso que por el representante judicial de la Nación se promoviera la correspondiente acción reivindicatoria; b) la inmovilización a que el Estado llevó en el comercio dicho inmueble, a consecuencia de la inscripción de la demanda en la respectiva Oficina de Instrumentos Públicos; c) la usurpación que en la posesión del inmueble de que el demandante se ha dicho dueño, llevaron a cabo numerosos particulares a título de colonos a consecuencia de la declaración ministerial; d) la perturbación y molestias que para el demandante y su familia les han producido las constantes amenazas de dichos particulares por aspirar aquél a defender sus derechos de la injusta invasión; y e) las órdenes dadas por el gobierno a las autoridades de policía para que se abstuvieran de proteger al demandante en la posesión de que había venido disfrutando".

Con respecto a la primera cuestión propuesta por el tribunal, la sala observa:

En la demanda efectivamente se contrapone la resolución ministerial número 276 de 25 de noviembre de 1919 a la resolución número 53 de 12 de diciembre de 1932, para deducir de allí una conducta contradictoria del Estado, que lo obliga a reparar los perjuicios que con ella le ha irrogado al demandado señor Otero, víctima del grave error de funcionarios públicos, que después de reconocer la legitimidad de los títulos que amparan la propiedad del inmueble descrito en la demanda, del señor Otero, posteriormente no tienen inconveniente en poner en litigio los mismos títulos comprometiéndolo en un juicio de propiedad con el mismo Estado que ayer lo reconoció como dueño.

El siguiente es el contenido de las resoluciones contrapuestas:

La de 1919 después de hacer una enumeración de los títulos de la hacienda denominada El Pilar, ubicada en los municipios de Bogotá, Arbeláez y Pandi, de propiedad de Genaro Torres Otero, declaró que tal finca aparecía efectivamente adquirida por el señor Torres, de acuerdo con sus linderos, y no era por lo tanto un baldío.

La de 1932 declaró que la anterior re-

solución había sido dictada por el gobierno sin facultad legal, dado que correspondía al poder judicial decidir si los terrenos de que la resolución trata son baldíos o tienen la calidad de inmuebles de propiedad particular. En consecuencia dispuso: "Autorizar al señor fiscal del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá para que, a nombre de la nación, inicie y adelante hasta ponerles término, la acción o acciones que fueren necesarias para obtener que se declare que no son baldíos los terrenos comprendidos dentro del globo general ubicado en los municipios de Bogotá, Arbeláez, Pandi, Pasca, Fusagasugá y San Bernardo, del departamento de Cundinamarca, sobre el cual pretenden dominio el señor Genaro Torres Ctero y los causahabientes de éste, y para deslindar tales baldíos de los terrenos de propiedad particular si fuere necesario. Si el señor agente del ministerio público, al estudiar los títulos respectivos, estimare que algún lote de los terrenos que forman el globo general mencionado, es de propiedad particular, no dirigirá su acción sobre la totalidad de dicho globo, sino sobre la parte que no ha salido del dominio de la nación'.

En uso de la facultad que se le dio por la resolución anterior, el señor fiscal del tribunal superior instauró demanda, en nombre de la nación para que se declarara que varios lotes de la hacienda de El Pilar, entre los cuales incluyó uno ocupado por Félix Antonio Otero, contra quien también dirigió la demanda, y que éste había adquirido por instrumento número 444 de 13 de junio de 1924, tenían la calidad de baldíos, porque nunca habían salido del dominio de la nación.

En primer lugar y cómo razón fundamental, se observa con respecto a la última de las resoluciones gubernamentales citada, que la justicia ordinaria carece de poder para juzgar de su legitimidad y procedencia. Se trata de un acto típicamente administrativo, constituído por una decisión especial, proveniente de autoridad administrativa en ejercicio de funciones propias, las que en el caso dimanaban del artículo 171 del código judicial referentes al derecho y el deber del gobierno de promover el ejercicio de la acción civil correspondiente encaminada a reivindicar para la nación el bien que el gobierno estima que a aquella pertenece. Siendo así el control jurisdiccional sobre el acto es ajeno a la Corte. La ley 130 de 1913 le veda a ella decidir acerca de la nulidad o validez de ese acto. La jerarquía competente en orden a establecer la ilegalidad del pronunciamiento por existir decisiones anteriores en sentido contrario, también de orden administrativo, es otra. Si la Corte suplantara esa jerarquía obraría fuera de sus atribuciones. Porque todo negocio de índole administrativa, de acuerdo con la ley citada, entra al contencioso de su índole, cualesquiera que sean las personas, sin que los jueces comunes posean en el particular ningún poder de decisión. Arreglado el acto administrativo en sus condiciones de forma y de competencia a la ley, al poder judicial le incumbe respetarlo mientras la respectiva jerarquía jurisdiccional no se pronuncie acerca de su invalidez.

El anterior principio es hoy un postulado inconcuso en el derecho y la organización del Estado colombiano, reconocido como el más serio avance de nuestras instituciones.

Ahora, si no se acepta el anterior argumento, y se pide que se entre en el propio terreno que demarcan las dos resoluciones, entonces resulta incontestable el siguiente razonamiento del señor procurador delegado, en su alegato final en defensa de la nación:

"En efecto: si se tiene en cuenta que por la Resolución número 276 de 1919, que se dice revocada por la número 53 de 1932, "el señor Genaro Torres y sus causahabientes NO ADQUIRIAN respecto del inmueble de "El Pilar" una situación JURIDICA DISTINTA a aquella en que los colocaban los títulos que ellos habían exhibido" (mayúsculas mías), no es dable hablar de la EJECUTORIEDAD de

dicha providencia para recabar así la invalidez de la Resolución de 1932 citada.

"La Resolución número 276 de 1919 no es pues, de aquellos actos administrativos, dada su FINALIDAD, sobre que obra sus efectos imperativos el fenómeno jurídico de la EJECUTORIEDAD, ya que por medio de él **el Estado no procedió a transferir un derecho al patrimonio de un particular.** Por ese acto no se hizo adquirir ninguna situación jurídica, **en forma conceptual.** Por eso es de anotarse que, no obstante el reconocimiento o concepto emitido en esa providencia, el Estado dejó a salvo de manera expresa el derecho a amparar su propio interés jurídico en lo que hubiere lugar en relación con el contenido de dicha resolución y a pesar de él. Esto último, es claro, refiriéndose a las acciones que pudieran caberle ante el órgano judicial del Poder Público, que es el competente para proferir las consiguientes decisiones ejecutorias sobre tales materias. En virtud del principio de la separación de funciones de los distintos órganos del Poder Público, aquella competencia sólo es aplicable al órgano ejecutivo o administrativo en el caso contemplado de manera general por el artículo 77 del Código Fiscal, caso de excepción que se impone así por razón de su naturaleza y finalidad propias.

Y eso fue, precisamente, lo que se hizo por medio de la Resolución número 53 de 1932: que se ocurriera al Organo Judicial para que éste decidiera, en debate ampliamente controvertido y en razón de su función, "si los terrenos de que se trata son baldíos o tienen la calidad de inmuebles de propiedad particular". De tal manera que, por ese aspecto, la Resolución de 1932 NO REVOCO la de 1919 (como se trata de sostener en este juicio), sino que fue **desarrollo de ésta,** desarrollo de un evento que ésta había previsto lícita y lógicamente".

Y conviene insistir en que la resolución de 1919 no creó con respecto a los dueños de la hacienda de "El Pilar" un derecho irrevocable. Por su naturaleza la resolución tenía que ser provisional, ya que constitucionalmente el gobierno no podía darle a los títulos de aquel predio mayor fuerza o valor probatorio contra el Estado, del que realmente tienen. De manera que si el gobierno llegó posteriormente a la certidumbre de que esos títulos debían ser aclarados en un debate judicial con el fin de establecer su verdadero y real alcance y contenido, era de su obligación ordenarlo.

El mismo pasaje de la obra de García Oviedo, citado en su alegato de conclusión por el señor abogado apelante, confirma el carácter revocable de la resolución de 1919. Ese autor, en efecto, después de afirmar el principio de que el acto administrativo es susceptible de ser en el futuro revocado, porque el interés público así lo impone, sólo salva de esa regla general los actos que entrañan la declaración de un derecho en favor de una persona. Empero esta salvedad en Colombia hay que configurarla al molde establecido por nuestra organización jurídica. Y entonces repitiendo al autor español podemos decir que en la legislación colombiana no son revocables los actos administrativos que por autoridad de la ley crean un derecho patrimonial en pro de un tercero, como en el caso del artículo 77 del c. fiscal, sobre adjudicación de baldíos, o las resoluciones administrativas sobre adjudicación de minas, etc.

En cuanto a los puntos b), c), d) y e), condensados al principio del fallo del tribunal, éste los examina uno a uno en el curso de la motivación con criterio muy acertado, al igual que lo hizo con respecto al punto a), por lo cual la sala se limita a reproducir y prohijar lo pertinente como fundamento de su resolución, sin que vea necesidad de agregar más al respecto.

"b) **La demanda y su inscripción**—Está demostrado que, en obedecimiento a lo ordenado por la Resolución número 53 de 1932 a que se acaba de aludir, el señor Fiscal 2° de este Tribunal promovió la correspondiente acción reivindicatoria contra los supuestos dueños de "El Pilar", y

que esta demanda fue inscrita en la correspondiente Oficina de Registro; comportan tales hechos responsabilidad para la Nación?

"En virtud del principio que sobre responsabilidad subjetiva consagra el artículo 2341 del C. C., transcrito al principio de esta providencia, todo daño producido con ocasión de una actividad dolosa o simplemente culposa, es susceptible de reparación; por lo cual debe serlo también el que se produce con el ejercicio de una acción promovida de mala fe, por quien no es titular del derecho que por su medio pretende hacerse efectivo. En razón del principio sobre responsabilidad objetiva a que alude el artículo 2556 de la misma obra, y según el cual "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta", el autor del daño compromete su responsabilidad civil, no ya por obra de su estado intencional, sino en razón del riesgo creado por el ejercicio de una actividad naturalmente peligrosa, por cuyo concepto el litigante vencido debe al vencedor el pago de las expensas que, como lo observa Josserand, no constituye ni una pena, ni la sanción de una culpa, sino una simple reparación del riesgo judicial creado.

"De esta suerte y como lo prescribe M. Ripert, si el titular de un derecho lo ejercita en condiciones tales que su acción entra en el ejercicio normal y habitual de ese derecho, bien puede acogerse al principio **Neminem laedit qui jure utitur** para librarse de la responsabilidad por el daño ocasionado; pero si su acto ha sido inspirado por el deseo de causar perjuicio a otro, la mala intención cambia el carácter de ese acto y compromete su responsabilidad. Un acto cuyo efecto no puede ser sino el de perjudicar a un tercero, sin interés apreciable y legítimo por el que lo ejecuta, jamás puede constituír el ejercicio de un derecho; es contrario a derecho por el carácter antisocial de su fin intencional.

"Por tanto, no siempre que se causa daño por el ejercicio de una acción judicial se incurre en responsabilidad objetiva ni procede la consiguiente indemnización. El derecho no es una ciencia exacta sino una ciencia moral sometida a incertidumbres y a continuas revaluaciones; y porque esta es su naturaleza, el ejercicio de las acciones no puede fatalmente comprometer la responsabilidad de su autor. Es necesario que esa actividad se ejercite de mala fe, sin título alguno que moral y habitualmente justifique la presencia de la parte en el debate; es decir, que a la forma material del abuso se haya acompañado la forma o estado psicológico de producir el daño; si así no sucede, si del derecho de acudir ante las autoridades no se ha abusado con intención dañada y mediando un título que al menos en principio lo justifique, podrá darse la obligación de indemnizar el daño producido con ocasión del riesgo judicial creado, mas no la responsabilidad subjetiva para la indemnización de los perjuicios causados con el ejercicio de la acción.

"En el caso de que se trata, el Gobierno promovió, es verdad, una acción judicial encaminada a obtener la reincorporación al patrimonio nacional de determinado inmueble, de que ha supuesto forma parte el poseído a título de dueño por el demandante, y que en 1919 reconoció como de propiedad particular, obteniendo, como consecuencia, la respectiva inscripción de la demanda en la Oficina de Registro. Pero resulta que aquella controversia no ha sido aún desatada; y no habiéndolo sido previamente y en sentido desfavorable a las pretensiones de la Nación, no puede siquiera sostenerse que el Gobierno hubiera procedido con ligereza de juicio al promoverla, como que es en ese fallo y solamente en él, en donde procede la correspondiente declaratoria; y si, en principio, el ejercicio de una acción por quien es titular del correspondiente derecho, no comporta para su autor otra responsabilidad civil distinta a la del riesgo judicial, según se ha dicho, con menos razón es posible aceptar dicha responsabilidad, cuando como es el caso, se en-

cuentra aún sub-judice el pleito de donde se hace provenir el perjuicio.

"c) **La usurpación de la posesión y las molestias personales.** — Se ha visto que, como tercer fundamento de la indemnización de perjuicios que se demanda en este juicio, se invoca el hecho de haber sido privado el actor de la posesión de su finca por numerosos particulares que, con base en la Resolución gubernamental de 1932, la reputaron como baldíos, ocasionándole luego numerosas molestias personales que han puesto en peligro no sólo su propia seguridad y vida, sino también las de su familia.

"Pero resulta que, supuesta la verdad de estos fundamentos, no puede sin embargo deducirse de ellos y a cargo de la Nación, el deber de indemnizar lo que se le demanda; porque como en otro lugar se dijo, no basta que el daño se produzca para que por el mismo hecho proceda la consiguiente reparación; se requiere, entre otras condiciones, que ese daño sea imputable o se pueda imputar directamente a aquel de quien se demanda el pago del perjuicio (artículos 2341 y 2356 del c. c.), o que, por lo menos, dicho daño haya sido causado por otra persona por la que el demandado esté en la obligación de responder (artículos 2343, 2346, 2347, 2348, 2349, 2354 y 2355 ibidem); y el despojo en la posesión, lo mismo que las molestias personales de que se queja el demandante, según lo declara de manera clara e indubitable la propia demanda, no han sido obra de la Nación, vale tanto como decir, de ninguno de sus agentes, sino por particulares que tampoco obraron obedeciendo instrucciones del Gobierno, y que bajo ningún concepto forman dentro de la categoría de personas por cuyos actos esté la Nación obligada a responder civilmente. Dichos particulares obraron de manera libre y espontánea, asumiendo ellos su propia responsabilidad; la actitud de la Nación al disponer la reivindicación y promover el correspondiente juicio, ha podido ser un pretexto, una simple circunstancia que obró en el ánimo de aquellos para ejercitar actividades contrarias a derecho y ocasionar perjuicios al actor; pero ni en el derecho ni en el hecho constituye la causa de dicho perjuicio, y por ello no es posible deducir a cargo de aquélla responsabilidad civil ninguna.

"d) **La negativa del Gobierno a prestar protección al demandante contra los detentadores.** — Como hecho concreto en que se funda esta última causa de la responsabilidad que se imputa a la Nación se alega, el de haberse negado, tanto el Presidente de la República como el Ministro de Industrias y el Procurador General de la Nación, a escuchar las reclamaciones que se hacían tendientes a derogar la resolución de 1932, y el de haber resultado innocuas las actuaciones policivas que se adelantaron para obtener la protección de los derechos que los particulares le habían desconocido al actor, todo esto, en razón de órdenes impartidas por el Gobierno a dichos funcionarios.

"Se dijo anteriormente cómo, estaba dentro del ejercicio de un legítimo derecho, la actitud del Gobierno cuando, ante la consideración de que el Estado tenía derechos que hacer valer dentro del inmueble de que se sostiene forma parte el del demandante, dispuso la iniciación de la correspondiente controversia judicial; luego el negarse por los empleados correspondientes la reconsideración de la providencia que se había proferido con plenitud de facultades legales, puesto que en ella no se declaraba que el inmueble tenía la calidad de baldío, sino que se limitaba a consignar hechos en virtud de los cuales se hacía preciso definir este punto por la autoridad competente que lo es el Poder Judicial, no hacía sino ejercitar ese derecho que al propio tiempo determinaba una obligación, todo de acuerdo con los medios que la misma ley establece para este efecto; y ya se ha dicho, el ejercicio de un derecho por los medios adecuados y normales, no puede en caso alguno determinar responsabilidad.

Por lo que hace a las órdenes que se ha dicho fueron impartidas a las autoridades de policía para que no se prestara al

autor la protección que demandaba para sus bienes, es un hecho que no está probado en los autos.

A folio 35 del Cuaderno principal aparece la respuesta que la Procuraduría General de la Nación le dio a don Urías Ardila, en la que se lee: "Aviso a usted recibo de su memorial sin fecha, manifestándole que este Despacho se ha dirigido al señor Gobernador del Departamento pidiéndole la investigación de los hechos allí denunciados y la protección de los derechos legítimos, pues es a dicho funcionario a quien corresponde la solución de tales problemas. De las medidas que sobre el particular se tomen, tendrá oportuno aviso".

"Y a folio 34 siguiente obra la copia de un telegrama dirigido por la Sección de Asuntos Sociales al Alcalde Municipal de San Bernardo el 19 de noviembre de 1935, en que se le dice: "Varios colonos de ese Municipio quéjanse lanzamientos decretados esa Alcaldía contra poseedores que tienen más de un año posesión. En tales circunstancias no es aplicable Decreto 868 sobre lanzamiento. Además tierras reclamadas Genaro Torres Otero son objeto litigio pendiente por deslinde con la Nación, motivo más que suficiente para que los cultivadores que dicen estar en tierras baldías no puedan ser lanzados de sus fundaciones agrícolas. Sírvase informar providencia dictada y causa legal despojos denunciados".

"Como se ve, del primero de dichos documentos no aparece en forma alguna que la Nación, por conducto de su Procurador, hubiera impartido orden alguna tendiente a impedir la protección que reclamaba el señor Ardila, que se supone interesado en la reclamación a que se refiere este pleito, sino por el contrario, la declaración terminante de que se había dirigido al funcionario competente para que investigara los hechos materia de la reclamación.

"Y de la segunda, que dicho sea de paso no corresponde a un funcionario de carácter nacional sino departamental, por cuyo motivo no sería la Nación sino el Departamento el responsable de los perjuicios consiguientes a esta actitud, tampoco resulta la orden negativa a la protección reclamada, sino que partiendo de un hecho denunciado por los ocupantes, y cuya exactitud naturalmente precisaba determinar al destinatario, se le hacía saber al Alcalde de San Bernardo que, supuesto un estado de posesión de más de un año, era inaplicable para los poseedores, determinada disposición gubernamental, máxime cuando mediaba sobre tales terrenos una controversia judicial; por lo que, y en dicho supuesto, debía abstenerse de lanzar a tales poseedores. Luego tampoco, por este último concepto, es posible deducir a cargo de la Nación la responsabilidad civil y consiguiente indemnización que se le demanda".

SENTENCIA

En atención a lo considerado, 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, CONFIRMA la sentencia apelada, en este juicio ordinario de Félix Antonio Otero contra la Nación, la cual fue dictada por el tribunal de Bogotá el 16 de agosto de 1940.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio.

ACCION DE DOMINIO

Como ya lo había dicho la Corte en sentencia de fecha 21 de agosto de 1935: "El juicio de deslinde tiene por objeto la fijación de la raya que separa dos propiedades, pero esa acción no es indispensable como cuestión previa para que se pueda entablar y pueda prosperar un juicio de dominio, puesto que, como ya quedó expresado, hay muchos medios probatorios para establecer la identidad de una finca que es base de la acción reivindicatoria".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Eduardo Pardo Rubio, mayor de edad y vecino de Bogotá, obrando en su propio nombre, demandó ante el tribunal superior de este distrito judicial a la nación colombiana, representada por el respectivo agente del ministerio público, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se condene a la entidad demandada al tenor de las siguientes declaraciones:

"1º A restituírme dentro del término legal, una faja de terreno de mi propiedad exclusiva, situada en el barrio de Chapinero de esta ciudad de Bogotá, comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Norte con el predio del Gobierno Nacional conocido con el nombre de Polígono de Tiro, zanja de por medio en su mayor parte; en parte con restos de una antigua pared y en varios puntos con troncos y árboles de eucaliptus; por el Sur con el resto del predio de mi propiedad llamado Barro Colorado, que adelante alindero, separada hoy esa faja de terreno del resto de mi predio con una cerca de alambre de púas en postes de madera colocados recientemente por empleados o trabajadores del Gobierno Nacional. Rigurosamente puede decirse que esta faja de terreno linda por el Occidente y por el Oriente con cercas divisorias entre mi predio y predios vecinos situados al Norte.

"La faja de terreno deslindada, materia de esta demanda, empieza en un ángulo que queda en la parte media, aproximadamente, del espesor de una pared divisorio a inmediaciones de una enramada donde está montada mi maquinaria para la fabricación de ladrillo, y se va ampliando hacia el Oriente hasta un punto donde empieza a reducirse, sigue hacia el Oriente y termina en el vértice de otro ángulo agudo, situado donde hay una antigua tapia o cerca de piedra entre mi predio y el predio vecino al Norte.

"2º Que se condene igualmente a la Nación a restituírme los frutos naturales y civiles de la indicada zona de terreno, no solamente los percibidos sino los que yo hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la zona en mi poder desde el mes de diciembre de 1935 en que fui despojado, hasta que esa zona me sea restituída, cuya cuantía será fijada en este juicio o en otro.

"3º Que se condene igualmente a la Nación a pagarme los deterioros, daños y demás perjuicios sufridos con motivo de la ocupación autoritaria e indebida que los empleados del Gobierno efectuaron en la zona en referencia".

Como fundamento de la demanda aduce el actor estos hechos:

a) que es dueño exclusivo de la zona de terreno descrita en el libelo, de acuerdo con los títulos allí relacionados;

b) que ha estado en quieta y pacífica posesión de la finca denominada "Barro Colorado", por los linderos citados en la demanda, inclusive la zona a que ésta se contrae, desde que la adquirió hasta los últimos días del mes de diciembre de 1935 en que varios trabajadores, por orden del gobierno nacional, pusieron una serie de postes de madera dentro del predio del demandante y trasladaron hacia el sur la cerca de alambre que hasta esa fecha estaba en el verdadero lindero de la finca con el Polígono de Tiro;

c) que el gobierno es poseedor material actual, por medio de la fuerza empleada por sus agentes y trabajadores, de la zona de terreno materia de la demanda;

d) que el demandante ha sufrido perjuicios en esa misma zona y en las edificaciones que allí se encuentran; y

e) que la intromisión indebida del gobierno dentro del predio del actor le causa fuertes erogaciones.

Al terminar la relación de los hechos fundamentales del libelo agrega el demandante:

"Aun en el caso de que la zona materia de esta demanda no hubiera quedado comprendida en mis títulos de adquisición, esa zona la habría adquirido por prescripción extraordinaria que alego, porque sobre ella he ejercido actos de señor y dueño con la intención de tal durante mucho más de treinta años y esos mismos actos los ejercieron mis antecesores en el dominio del fundo de Barro Colorado, inclusive la mentada zona".

El representante legal de la entidad demandada, al descorrer el traslado de la demanda, manifestó que se oponía formalmente a que se hicieran las declaraciones solicitadas por el señor Pardo Rubio.

El tribunal a quo puso término a la primera instancia del juicio por medio de la sentencia de fecha 19 de abril de 1940, en cuya virtud se absolvió a la nación por no haber encontrado completa la titulación del pretendido derecho de dominio del actor sobre la finca de que se dice forma parte la zona de terreno materia de la demanda. Tampoco halló probada el tribunal la prescripción extraordinaria alegada por el señor Pardo Rubio en relación con la misma zona.

En tiempo oportuno interpuso apelación el demandante contra la anterior providencia del tribunal, recurso que éste concedió en el efecto suspensivo y para ante esta sala de la Corte. Aquí se encuentra ya agotada la tramitación de la segunda instancia, seguida con audiencia del señor procurador delegado en lo civil, y como no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, la corte procede a dictar el fallo definitivo.

LOS TITULOS

La sentencia absolutoria del tribunal de primer grado se basa en la consideración fundamental de que el demandante no trajo a los autos la plena prueba del dominio que él alega sobre la zona de terreno materia de la acción reivindicatoria instaurada, ya que en opinión del sentenciador existía una solución de continuidad entre el título del actor y el de su antecesor en aquel dominio. De esta manera la acción reivindicatoria tenía que ser desechada, por ausencia de uno de los postulados que la configuran, esto es, el dominio por parte del demandante.

Empero, el vacío probatorio anotado por el tribunal ha sido llenado eficazmente por el actor en esta segunda instancia mediante los elementos de convicción por él allegados dentro del respectivo término probatorio. Así las cosas, la Corte estima que ha sido salvado el principal obstáculo que se oponía a la prosperidad de la acción instaurada por el señor Pardo Rubio, como se desprende de las siguientes consideraciones:

El demandante afirma que es dueño de la zona que reivindica y sostiene en el hecho primero del libelo de demanda, que dicha zona queda dentro de la finca denominada Barrocolorado. El dominio del se-

ñor Pardo Rubio sobre el lote litigioso, parte de lo que fue antes la finca de Barrocolorado se encuentra suficientemente acreditado en el proceso con las siguientes pruebas:

a) Obra a los folios 5 a 8 v. del c. número 1 la copia de la escritura número 476 de fecha 30 de junio de 1908, otorgada en la notaría 3ª de Bogotá, por medio de la cual se protocolizó el juicio de sucesión del señor Enrique Pardo Roche. Allí aparece, entre otras, la hijuela correspondiente al señor Eduardo Pardo Rubio, a quien para pagarle la cantidad de $ 255.903.80, en papel moneda, "se le adjudica igual suma en el terreno situado en el barrio de Chapinero de esta ciudad, llamado **Barro Colorado**, con relación a un avalúo de $ 1.000.000 en papel moneda; dicho terreno está comprendido dentro de los siguientes linderos:..... por el Oriente, tomando la cima del terreno (sic) cerro hasta dar con la cuchilla más alta cerca a una mancha amarilla que queda en dicho cerro; por el Norte, tomando de dicho punto, en línea recta, hasta dar con unas tapias, siguiendo éstas en dirección Occidente hasta dar con la propiedad de Emilio Barriga; por este lado linda en toda la línea con propiedad del Banco de Colombia, antes de María Josefa Alfonzo; .....

b) El aludido terreno de Barrocolorado, que formaba parte de los bienes relictos del causante Enrique Pardo Roche, fue adjudicado en el respectivo juicio de sucesión a los herederos de éste, entre los cuales figuraba, como viene dicho, el demandante Pardo Rubio. A la comunidad que por este motivo surgió en relación con el dominio de dicho terreno se le puso término mediante la partición extrajudicial de que da cuenta la escritura número 799 de fecha 8 de julio de 1916, otorgada en la notaría 3ª de Bogotá. En este instrumento los otorgantes Isabel Pardo de Santos, Alejandro Pardo, Eduardo Pardo, Hernando Pardo, Hernando Santos, Paulina y Sofía Pardo, únicos interesados en las sucesiones intestadas de los esposos Enrique Pardo Roche y Dolores Rubio de Pardo, manifiestan en la cláusula 9ª que "para poner término a la comunidad existente en las fincas raíces que se han mencionado (las que constituían los respectivos acervos hereditarios de los causantes Pardo y Rubio de Pardo), han convenido en lo que va a expresarse: A)..... HIJUELA DE EDUARDO PARDO.—Para pagar a este señor la cantidad de diez y seis mil doscientos pesos oro legal que le corresponde en esta división se le adjudica igual suma en el valor de los siguientes bienes: Primero. Un derecho proindiviso con Alejandro Pardo por la cantidad de quince mil pesos oro legal con relación a un avalúo de treinta mil pesos oro legal en la parte alta de Barro Colorado comprendida dentro de los siguientes linderos: .....por el Oriente, tomando la cima del cerro hasta dar a la cuchilla más alta cerca de una mancha amarilla que queda en dicho cerro; por el Norte, tomando de dicho punto hasta dar con unas tapias siguiendo en dirección Occidente hasta dar con la carrera séptima de esta ciudad, por este lado linda con propiedades de Luis Calderón y con el Polígono de Tiro del Gobierno Nacional" .(Fls. 4 v. a 5 del c. número 4).

c) La escritura pública número 945 de fecha 25 de mayo de 1923 otorgada en la notaría 3ª de Bogotá (fls. 1 a 9 v. del c. número 2), contiene la división material que del lote mencionado en el punto anterior hicieron los señores Alejandro y Eduardo Pardo Rubio, a efecto de ponerle término a la comunidad existente entre ellos respecto del dominio sobre dicho lote. Los señores Pardo Rubio declaran en la escritura 945 que han resuelto dividir el terreno de Barrocolorado en nueve globos de tierra, "justipreciando cada globo teniendo en cuenta los globos urbanizables y los no urbanizables, la situación de cada uno, la calidad de la tierra y las demás circunstancias especiales". Sobre estas bases se formaron las respectivas hijuelas, habiendo sido integrada la correspondiente a Eduardo Pardo Rubio con los globos números 1, 3, 5 y 9. De estos globos interesan en el presente juicio los nú-

meros 1 y 5, ya que la zona en litigio, según lo afirma el actor y lo encuentra plenamente acreditado la Corte, pertenece precisamente a esos dos globos. Acerca del globo número 1, la escritura número 945 contiene estos datos: se le asigna una extensión de 59.132.28 varas cuadradas, y la siguiente alinderación: "Por el Norte, con el Polígono de tiro de propiedad del Gobierno Nacional; por el Sur, con el globo número dos (2) que se le adjudica en esta partición a Alejandro Pardo Rubio; por el Oriente, con el globo número cinco (5) que se le adjudica en esta partición al mismo señor Eduardo Pardo Rubio; y por el Occidente, con la carrera séptima de esta ciudad, antes Carretera Central del Norte". El globo número 5, cuya extensión se calcula en 404.263.90 varas cuadradas, tiene esta alinderación: por el Norte, "con el Polígono de Tiro de propiedad del Gobierno Nacional; y con propiedades de Luis Calderón; por el Sur, con el globo número seis (6) que se adjudica a Alejandro Pardo Rubio; por el Oriente, con las hoyas hidrográficas de propiedad del Municipio de Bogotá, tomando la cima del cerro hasta dar a la cuchilla más alta cerca de una mancha amarilla que queda en dicho cerro..."

Las pruebas hasta aquí analizadas ponen de manifiesto que al demandante Pardo Rubio le fue trasmitido un lote de que es parte integrante la zona materia de este juicio, el cual a la vez era parte de la antigua finca de mayor extensión, llamada Barrocolorado.

Empero, todavía es necesario investigar si por su parte el señor Enrique Pardo Roche era en realidad jurídica el dueño de la finca que posteriormente correspondió a los señores Pardo Rubio, a título de herederos de aquél.

Sobre este particular obran en el expediente las siguientes escrituras públicas presentadas por la parte demandante, contentivas todas ellas de diversos contratos de compraventa relacionados con la finca de Barrocolorado, y de cuyo estudio la Corte ha llegado a la conclusión de que al tiempo del fallecimiento del doctor Pardo Roche radicaba en cabeza de éste el dominio sobre la aludida finca:

1º De acuerdo con la escritura número 1.657 de fecha 16 de octubre de 1882, otorgada en la notaría 3ª de Bogotá, cuya copia debidamente registrada obra a los folios 1 a 2 del C. número 1, la señora María J. Alfonzo, previa la autorización de su esposo señor Agustín Garzón, enajenó la finca de Barrocolorado en la siguiente forma: una parte a los señores Roberto Urdaneta y Eliseo Arbeláez, por los linderos que a continuación se expresan:... por el Oriente, tomando la cima del cerro, hasta dar con la cuchilla más alta cerca a una mancha amarilla que queda en dicho cerro; por el Norte tomando en dicho punto línea recta hasta encontrar con una zanja o chamba, la cual queda en frente de la casa de Antonio Rodríguez, quedando dicha casa hacia el Sur; por esta parte linda con terrenos de la vendedora..."

2º A los folios 27 a 29 v. del c. número 2 obra copia debidamente registrada de la escritura número 179 de fecha 16 de febrero de 1884 otorgada en la notaría 3ª de Bogotá, en cuya virtud el señor Roberto Urdaneta, dueño ya de la totalidad del lote de terreno que había comprado en compañía del señor Eliseo Arbeláez a la señora Alfonzo de Garzón, vendió al señor Carlos Coroliano Amador la finca de que se trata, por estos linderos:..... "por el Oriente tomando la cima del cerro hasta dar con la cuchilla más alta cerca a una mancha amarilla que queda en dicho cerro; por el norte, tomando de dicho punto, línea recta hasta encontrar con una zanja o chamba, la cual queda en frente de la casa de Antonio Rodríguez, quedando dicha casa hacia el Sur, por esta parte linda con terrenos de María Josefa Alfonzo;....."

3º Al tenor de lo estipulado en la escritura número 817 de fecha 1º de agosto de 1889 otorgada en la notaría 4ª de Bogotá, el doctor Rafael A. Carrasquilla, obrando como apoderado general en ejercicio del señor Carlos C. Amador, dio "en venta real y enajenación perpetua a los señores Víctor M. García Herreros, Sebas-

tián Amador y Luis Amador..... un terreno con sus chircales, ubicado en el caserío de Chapinero de este municipio, barrio de Las Nieves, que hubo por compra al señor Roberto Urdaneta". Los linderos que se citan en el título son los mismos a que se hace referencia en la escritura de venta de dicho señor Urdaneta al otorgante de la escritura número 817, señor Carlos C. Amador. (Fls. 31 del c. Nº 2).

4º De acuerdo con la escritura número 1.261 de fecha 29 de julio de 1890 otorgada en la notaría 2ª de Bogotá (fls. 42 a 43 v. del c. número 2), el señor Sebastián Amador vendió a Enrique Pardo Roche y Roberto Morales, "la tercera parte de un terreno con sus chircales, enramadas, mina de carbón mineral y demás anexidades y dependencias, situado en el barrio o caserío de Chapinero de este Municipio de Bogotá", por los linderos de que tratan los títulos anteriores.

5º Por medio de la escritura número 2128 de fecha 22 de diciembre de 1890 otorgada en la notaría 2ª de Bogotá, el señor Luis Amador vendió a Enrique Pardo Roche y Roberto Morales, "la tercera parte de un terreno con sus chircales, enramadas, minas de carbón mineral y demás anexidades y dependencias, situado en el barrio o caserío de Chapinero de este Municipio de Bogotá", por los mismos linderos citados en los precedentes títulos (fls. 36 a 36 v. del c. número 2).

6º De acuerdo con la escritura número 16 de fecha 8 de enero de 1892, otorgada en la notaría 2ª de Bogotá, la señora Dolores Pardo v. de García Herreros vendió a Enrique Pardo Roche "la tercera parte proindiviso de un terreno con sus chircales, situado en el barrio o caserío de Chapinero, de esta ciudad de Bogotá", por los linderos citados en los títulos precedentes. Dicha tercera parte proindiviso, según la escritura en referencia, "la hubo la otorgante señora Pardo de García Herreros, por adjudicación que de ella se le hizo en la causa mortuoria de su esposo señor Víctor M. García Herreros protocolizada en esta notaría con fecha veintitrés de junio de mil ochocientos noventa y uno, bajo el número novecientos setenta y cuatro, y según consta de la respectiva hijuela que en copia registrada he tenido a la vista, de que doy fe". (Fls. 38 a 38 v. del c. número 2).

7º Finalmente, la escritura pública número 1041 de fecha 19 de junio de 1894 otorgada en la notaría 2ª de Bogotá da cuenta de que el señor Roberto Morales J., vendió a Enrique Pardo Roche "el derecho proindiviso que le corresponde en un terreno con sus chircales, mina de carbón mineral y demás anexidades, situado en el barrio o caserío de Chapinero, de este Municipio de Bogotá, el cual derecho es equivalente a la tercera parte proindiviso de dicha finca y los linderos generales son los siguientes:....." Se repite aquí la alinderación de que tratan las anteriores escrituras. (Fls. 40 a 40 v. del c. número 2).

Como se ve, mediante las sucesivas enajenaciones de que se ha hecho mérito el señor Enrique Pardo Roche vino a ser único y exclusivo propietario de la parte de la finca de Barrocolorado que en el año de 1882 vendió la señora Alfonzo de Garzón a los señores Roberto Urdaneta y Eliseo Arbeláez.

Identificación de la zona litigiosa

Resultando plenamente demostrado que el señor Pardo Rubio es dueño del lote de que es parte integrante la zona en litigio, es preciso ahora averiguar si esta zona se halla debidamente singularizada, ya que esto se impone como otro de los requisitos indispensables para la prosperidad de la acción reivindicatoria.

Según quedó ya expuesto, la finca de Barrocolorado fue en un principio de propiedad de la señora María J. Alfonzo. Esta señora vendió una parte de tal finca a los señores Roberto Urdaneta y Eliseo Arbeláez, o sea la misma que después vino a ser de propiedad de los herederos del señor Enrique Pardo Roche.

La porción restante de la aludida finca fue vendida por la misma señora Alfonzo al señor Juan C. Arbeláez, y después de numerosos contratos de diversa índole el dominio sobre esa parte de Barrocolorado

vino a quedar radicado en cabeza del señor Luis Calderón.

Posteriormente, y por escritura número 652 de fecha 9 de septiembre de 1908 otorgada en la notaría 3ª de Bogotá (fls. 3 a 4 del c. número 1), el señor Luis Calderón vendió al gobierno nacional, representado éste en el respectivo contrato por el ministro de guerra, la aludida porción de la finca de Barrocolorado, que en la actualidad se conoce con el nombre de Polígono de Tiro, por los siguientes linderos: "Por el Sur, con terrenos que son o fueron de Roberto Urdaneta y Eliseo Arbeláez, con una zanja en la parte alta y medianías de tapia en la parte baja, por toda una línea recta que va de Oriente a Occidente, y que parte del camino nuevo que va a Usaquén y termina en la parte más alta de la cordillera cerca de una mancha amarilla;....."

De consiguiente, el predio denominado Polígono de Tiro, de propiedad de la nación, limita por el Sur con terrenos "que son o fueron de Roberto Urdaneta y Eliseo Arbeláez, con una zanja en la parte alta y medianías de tapias en la parte baja, por toda una línea recta que va de oriente a occidente". Ya está visto que los terrenos que fueron de los señores Urdaneta y Arbeláez son los mismos que hoy pertenecen en parte al demandante Pardo Rubio. De ahí que la propiedad de éste, constituída, entre otros, por los globos números 1 y 5 relacionados en la escritura número 945 del 25 de mayo de 1923 (fls. 5 a 6 del c. número 2), limite por el Norte "con el Polígono de Tiro de propiedad le Gobierno Nacional".

Ahora bien; el lindero Norte del lote del señor Pardo Rubio, que corresponde al lindero Sur del Polígono de Tiro, está constituído, según las escrituras antes revisadas, por una línea recta que arrancando de un punto situado en la conjunción del lindero oriental de las dos propiedades sigue hacia el occidente hasta dar "con unas tapias, siguiendo estas en dirección occidente hasta dar con la propiedad de Emilio Barriga; por este lado linda en toda la línea, con propiedad del Banco de Colombia, antes de María J. Alfonzo", esto es, el mismo lote que fue en un tiempo de Luis Calderón y luego del gobierno nacional bajo la denominación de Polígono de Tiro.

De tal suerte que a la luz de los linderos contenidos en los títulos demostrativos del dominio tanto del lote del demandante como del que pertenece a la nación, la línea divisoria de las respectivas heredades, constituída por el lindero Norte del terreno del señor Pardo Rubio y Sur del lote de la entidad demandada, es una línea recta que va de oriente a occidente hasta dar con unas tapias, siguiendo éstas hasta encontrar el lote que es o fue de propiedad del señor Emilio Barriga.

Empero, la nación no respetó esta línea divisoria, como quiera que hay constancia en el expediente de que en el mes de diciembre de 1935 "varios trabajadores, por orden del Gobierno empezaron a hacer hoyos dentro de mi predio, a poner postes de madera y a trasladar hacia el Sur la cerca de alambre que estaba en el verdadero límite de mi finca con el Polígono de Tiro" (hecho 4º de la demanda). Sobre el particular son concluyentes las declaraciones de Alfredo Martín (fl. 20, c. número 2, Dioselina Zambrano (fl. 12, c. número 4 y Bernarda Martín (fl. 17, c. número 2).

A los folios 9 a 13 v. del c. número 1 obran copias de varias piezas tomadas del juicio policivo promovido contra la nación por el señor Pardo Rubio a efecto de que se le amparara en la posesión de su heredad. De tales copias se infiere que la nación en realidad se valió de aquellos trabajadores para ejecutar "el trabajo de alinderamiento del predio del Polígono", según las órdenes respectivas emanadas del ministerio de guerra (fl. 1º, c. número 1).

Y fue precisamente con ocasión de esa obra de "alinderamiento" cuando la nación resolvió modificar el lindero sur del lote de su propiedad, prescindiendo de la antigua cerca de alambre tendida sobre el lindero de las dos fincas en mención, para colocar en su lugar una nueva cerca co-

rriéndola sobre la propiedad del demandante, con lo cual, como era natural, el lote de la nación se aumentó a expensas de la heredad del señor Pardo Rubio.

La faja de tierra que de esta manera se arrebató al demandante no puede ser identificada y localizada con el mero auxilio de los datos que arrojan los títulos de propiedad de que se ha hecho mérito. Por otra parte, la destrucción de la antigua cerca de alambre tendida sobre el verdadero lindero y la vaguedad que se advierte en los mismos títulos en lo que se refiere a la línea divisoria de las dos propiedades, son factores que dificultan notablemente la localización e identificación de la cosa que se pretende reivindicar.

De ahí que la sala, en auto para mejor proveer dictado el 24 de abril del año en curso, hubiera decretado la práctica de una inspección ocular sobre la finca en reivindicación, con el siguiente objeto:

"A) Identificar sobre el terreno la faja de tierra descrita en la petición primera del libelo de demanda, materia de la acción reivindicatoria; y

"B) Identificar el lindero norte de la finca de Barrocolorado, descrita en el punto primero de los hechos de la demanda, y el lindero norte del lote de la parte alta de Barrocolorado, adjudicado a Eduardo y Alejandro Pardo en la división general del predio nombrado, según escritura número 79 de 8 de julio de 1916 otorgada en la notaría 3ª de Bogotá, fls. 1 a 7, cuad. número 4)".

La diligencia fue practicada por la Corte con intervención de las partes el día 12 de mayo siguiente, constando del acta respectiva lo que en seguida se transcribe:

"Una vez en dicho lugar, previo juramento tomado a los testigos actuarios, ya nombrados, de cumplir bien y fielmente las funciones de su cargo, se procedió al acto de la siguiente manera: Se le dio lectura a la petición primera del libelo de demanda y a la parte pertinente de la escritura número 799 de 8 de julio de 1916 otorgada en la notaría 3ª de Bogotá (fl. 1 v. del c. número 4), relacionada con la descripción del lindero norte de la finca de "Barrocolorado". Hecho lo anterior los señores Magistrados junto con los señores testigos identificaron la faja de terreno materia de la acción reivindicatoria, de la siguiente manera: Desde el extremo de una tapia desplomada que se encuentra en la parte superior de los edificios del Instituto Geográfico Militar siguiendo dirección oriente, en línea recta, hasta la parte superior de un barranco donde se hallan vestigios de una tapia; hasta allí hay una cerca de alambre. Dicha cerca, que se dice hecha recientemente, la aceptó el demandante señor Pardo Rubio, como lindero de su predio con los terrenos del Polígono. De los vestigios de tapia sobre el barranco y unos metros más hacia el sur, hay otra cerca de alambre, a trechos destruída, que es la construída por el Gobierno Nacional. Esta última sigue en línea recta dirección oriente y divide a una pequeña casa, con ruinas en su lado norte, que se encuentra hacia la parte del terreno en litigio. Hacia el lado norte de la última cerca y a poca distancia, en posición más o menos paralela, se observó una faja regularmente pronunciada y una fila de troncos de eucaliptus. La faja de terreno comprendida entre la zanja y la cerca que se señaló como construída por el Gobierno Nacional es la descrita por el señor Pardo Rubio como de su propiedad y materia de la reivindicación". (Fl. 17 a 17 v. del c. número 3).

De consiguiente, a la luz de los datos que arrojan los títulos presentados por la parte demandante, los cuales fueron suficientemente complementados con lo que la Corte pudo constatar en la precitada inspección ocular, es preciso admitir que la cosa materia de la reivindicación se halla debidamente singularizada y llenada por ende la exigencia que sobre este particular establece el artículo 946 del código civil.

Posesión del demandado.

La posesión de la zona en litigio por parte del demandado también se encuentra establecida en los autos.

En efecto, al contestar el hecho 5º del libelo de demanda el señor fiscal 2º del tribunal de primer grado manifestó ser cierto "que el Gobierno es poseedor actual de la zona demandada". El mismo agente del Ministerio Público complementa su declaración manifestando que sobre la predicha zona "no ha ejercido el señor Pardo Rubio, ni ninguna otra persona distinta de los representantes de la nación actos de posesión que pudieran fundamentar la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio" (fl. 18, c. Nº 1).

Pero de las declaraciones citadas antes rendidas por los señores Martín, Zambrano y Rincón, más lo que atestigua Catalina Beltrán (fl. 44, cuad. número 2) resulta establecido que el lindero fue siempre el que a través del juicio ha sostenido el demandante, quien por ese lindero poseyó su finca, como antes habían poseído sus antecesores, y que fue en 1935 cuando el lindero se corrió por agentes del gobierno nacional.

La parte demandada no ha traído comprobación ninguna al proceso que desvirtúe los hechos que se dejan relatados. Limitóse a negar la acción.

Prospera, pues, a virtud de todo lo expuesto la acción instaurada.

El señor Procurador Delegado en lo Civil opone a la demanda la excepción perentoria temporal de **petición antes de tiempo**, fundando esta defensa en los siguientes términos:

"Según la demanda, el predio del demandante, de que se dice hacer parte la zona demandada, limita por ese costado con predio de propiedad de la Nación. Lo mismo indican algunos títulos de propiedad del demandante. De tal suerte que la vía conducente a establecer con toda claridad si la zona en disputa pertenece al demandante o a la Nación, no era, hoy por hoy, la acción reivindicatoria o de dominio, sino la de deslinde de las dos propiedades. Sólo así llegará a ponerse en claro hasta dónde se extiende sobre el terreno el derecho de dominio de uno y otro colindante, para deducir de allí a cuál de los dos pertenece la zona en referencia.

"De lo anteriormente expuesto se desprende que la acción reivindicatoria de la zona de terreno materia de la demanda ha sido prematuramente ejercitada. Ha habido por parte del demandante **petición antes de tiempo**, excepción **perentoria temporal** que alego expresamente para que así sea declarada en la sentencia y con base en ella se confirme el fallo absolutorio de primera instancia".

Se observa:

En lo atinente a la cuestión planteada por el señor procurador delegado, la Corte en oportunidad semejante sentó doctrina en sentido contrario a lo que sobre el particular alega el señor agente del ministerio público. En sentencia de fecha 21 de agosto de 1935 dijo la sala de casación civil:

"El juicio de deslinde tiene por objeto la fijación de la raya que separa dos propiedades, pero esa acción no es indispensable como cuestión previa para que se pueda entablar y pueda prosperar un juicio de dominio, puesto que, como ya quedó expresado, hay muchos medios probatorios para establecer la identidad de una finca que es base de la acción reivindicatoria". (G. J., Tomo 42, número 1900, página 377, col. 1ª).

Restitución de frutos.

El demandante pide que la nación sea condenada a pagarle los frutos naturales y civiles de la zona de terreno en referencia desde el mes de diciembre de 1935. Solicita también que se condene a la misma entidad a pagarle los deterioros y demás perjuicios sufridos por el actor "con motivo de la ocupación autoritaria e in-

debida que los empleados del gobierno efectuaron en la zona en referencia".

Las anteriores peticiones entrañan como es obvio la afirmación de que la nación es poseedora de mala fe. Y en sentir de la Corte el demandante ha acreditado plenamente esa afirmación, pues de las constancias de autos se infiere que la entidad demandada, con el pretexto de efectuar el trabajo de "alinderamiento" del lote del Polígono de Tiro, procedió a modificar arbitrariamente la antigua y verdadera línea divisoria de dicho predio y el del demandante, no obstante las protestas de éste, iniciando con ello el ejercicio de una posesión violenta respecto de una parte de la heredad del señor Pardo Rubio.

En este particular no dejan lugar a dudas las declaraciones de los señores Alfredo Martín (fl. 20 v., c. número 2), y Dioselina Zambrano de Rincón (fl. 12 del c. número 4). Estos testimonios cobran aún mayor fuerza de convicción cuando se lee la siguiente comunicación dirigida al inspector 9º municipal de Bogotá por el director del departamento número 4 del ministerio de guerra:

"República de Colombia—Ministerio de Guerra.—Departamento número cuatro—Sección Jefatura—Número V. 00659-J.—Al señor Inspector noveno Municipal.—E. S. D. — Referencia: Alinderamientos del predio del Polígono de Tiro. — Con el fin de que usted quede debidamente enterado del por qué de mis procederes, me permito transcribirle la orden que acabo de dar al señor ingeniero jefe de la sección tercera de este departamento: ".... Enero veintiocho de mil novecientos treinta y seis.—Señor ingeniero jefe de la sección tercera Gn.—El señor Ministro dispone que se continúe el trabajo de alinderamiento del predio del Polígono, siguiendo los linderos con que se había comenzado dicha labor cuando fue interrumpida por orden del señor Inspector noveno Municipal. — Por lo consiguiente, usted dictará las medidas conducentes al cumplimiento estricto de esta orden—Servidor, **Pedro Julio Dousdebés**, General jefe departamento número 4". (Fls. 10 a 10 v. del c. número 1).

De consiguiente en la restitución de frutos respecto del lote reivindicado debe aplicarse la norma del artículo 964 del c. civil.

No existen en el expediente elementos de ninguna clase con fundamento en los cuales se pudiera hacer en concreto las condenaciones impetradas por el actor en materia de frutos a cargo de la entidad demandada.

Corresponde por lo tanto hacer la condenación en abstracto, para que en incidente posterior se justiprecien teniendo en cuenta que la nación debe no solamente los frutos naturales y civiles de la zona que se ordena restituír percibidos desde el mes de enero del año de 1936, sino los que el señor Pardo hubiera podido percibir desde la época indicada con mediana diligencia y actividad, habiéndola tenido en su poder.

El artículo 963 del c. civil dispone que el poseedor de mala fe es responsable de los **deterioros** que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa. Esos deterioros que son **daños causados en la zona de tierra reivindicada**, consisten según las declaraciones que se han venido citando en la destrucción de la cerca de alambre que delimitaba las dos propiedades y de una casita en que habitaba Dioselina Zambrano de Rincón. No son más los daños que están demostrados. En cuanto a la destrucción de eucaliptus las pruebas nada dicen sobre el particular.

El justiprecio de la cerca de alambre y de la casa debe hacerse en el mismo incidente destinado a la avaluación de los frutos.

En la petición tercera del libelo de demanda el actor en forma un tanto vaga solicita la condenación a "los demás perjuicios sufridos con motivo de la ocupación" de su propiedad.

El libelo de demanda no indica cuáles sean "los demás perjuicios", pero tienen que ser distintos de los daños o deterioros sufridos por la cosa, y a que se refie-

re el artículo 963 citado, desde que hizo practicar un avalúo pericial con el fin de que se estimara el perjuicio que había recibido en un negocio de urbanización que con su hermano Alejandro Pardo había proyectado y planeado desde el año de 1936, sobre un globo de tierra que comprende también el pequeño lote o zona en litigio.

Entendida así la solicitud sobre los demás perjuicios, entraña indudablemente una acción personal adicional a la de reivindicación, basada en el hecho culposo del demandado de haberle arrebatado la zona de tierra, que le causó perjuicios distintos de los frutos y deterioros propios de la acción reivindicatoria.

Esta acción adicional, como conexionada estrechamente con la reivindicatoria, es admisible con ésta, pero a condición de que en la demanda se le haya dado el debido desarrollo, indicando concretamente los hechos de donde nacen o se generan los perjuicios. No basta de consiguiente una vaga alusión a que se ocasionaron más perjuicios, sin indicar la demanda los hechos en que se fundan.

En la demanda del señor Pardo Rubio fuera de la alusión mencionada no hay nada más. Por eso la prueba pericial que él pidió sobre los perjuicios que recibió en el negocio de urbanización es inconducente. Ni en el juicio tampoco acreditó la existencia de tal negocio, pues el plano respectivo que figura en el juicio fue traído por los peritos, quienes basan en ese documento ineficaz sus conclusiones.

Por lo tanto, carece de objeto que la sala examine el dictamen pericial de los señores Bernardo Pardo y Guillermo Morales Peña, dada la existencia del vicio radical que lo afecta, consistente en que versa sobre extremos que no habiendo sido objeto de la demanda, son también ajenos al presente fallo, que no puede juzgarlos.

Sentencia:

En armonía con 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, REVOCA la sentencia apelada pronunciada en primera instancia por el tribunal superior de Bogotá, el 19 de abril de 1940, y en su lugar Resuelve:

Condénase a la entidad demandada, el Estado colombiano, a restituír al demandante señor Eduardo Pardo Rubio, tres días después de que este expediente vuelva al tribunal de origen, la zona de tierra que le arrebató por los meses de diciembre de 1935 y enero de 1936, con motivo de la construcción de una cerca de alambre que agentes del ministerio de guerra ordenaron para alinderar el predio del Estado denominado Polígono de Tiro, ubicado en jurisdicción de Bogotá, con propiedades colindantes del mencionado señor Pardo Rubio. La zona que se ordena restituír pertenece en propiedad al demandante, está situado en el barrio de Chapinero de esta ciudad, y se individualiza así: por el norte, con el predio del gobierno nacional denominado Polígono de Tiro, zanja de por medio en su mayor parte; y en parte con los vestigios de una antigua pared y en varios puntos con troncos y árboles de eucaliptus; y por el sur con propiedad del mismo demandante, que hizo parte de la antigua finca de Barrocolorado. Los extremos oriental y occidental de esta zona de tierra forman dos ángulos agudos por la unión en dichos ángulos de las líneas sur y norte descritas. Como muchas de las señales que aquí se indican hoy ya han desaparecido, el inferior al hacer entrega del terreno tendrá en cuenta los datos que para identificar la zona figuran en las inspecciones oculares practicadas en el juicio.

2º Condénase al Estado colombiano como poseedor de mala fe a restituír los frutos de la zona de tierra cuya reivindicación se decreta, según las normas que indica el artículo 964 del c. civil. En el incidente que prevé el artículo 553 del c. judicial, liquídense los referidos frutos, a partir del mes de enero del año de 1936 hasta el día en que el demandante recobre la posesión nuevamente.

3º Condénase al Estado colombiano a pagarle al demandante Eduardo Pardo Rubio los deterioros que le causó en la zona de tierra que se ordena devolver, consistentes en el valor de la casa en que habitaba Dioselina Zambrano de Rincón y el valor de la cerca de alambre que delimitaba el antiguo lindero entre el Polígono de Tiro y el inmueble de Pardo Rubio. Estos valores se liquidarán también en el mismo incidente de que se habla en el punto anterior.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio.

EXCEPCIONES—.CASO FORTUITO—NOVACION

1.—El artículo 40 del Código postal y telegráfico vigente es una disposición especial perteneciente al servicio de correos. De ahí que ella extienda también su fuerza a los contratistas de conducción de correos, que contractualmente se obligan a obedecer todas las normas concernientes a ese servicio. Por manera que no porque el precepto se refiera a los empleados públicos, deja de tener aplicación cuando el agente del gobierno es un contratista, pues éste se vincula a la disposición por el contrato, y además, por la misma índole del servicio público en que voluntariamente y con remuneración compensatoria se ha dispuesto a colaborar. Así, pues, los Jueces de Ejecuciones Fiscales tienen competencia para ejecutar las Resoluciones a que ese artículo se refiere, y si ese artículo no fuese suficiente estaría también el 3º del Decreto 1315 de 1936. 2.—Hay muchos hechos de la naturaleza de los expresados en el artículo 1º de la ley 95 de 1890 que sustentan por sí mismos los caracteres de lo fortuito y pueden ser obstáculo invencible para el cumplimiento de la obligación. El rayo y el terremoto, por ejemplo, son acontecimientos súbitos, que avasallan el poder del hombre. Es difícil escapar a sus efectos aniquiladores y prever el fenómeno. Pero son raros los casos de esta naturaleza, que sean siempre y en todo supuesto causas de irresponsabilidad. El naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo citado, como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra y le hace perder lo que debe; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por su naturaleza extraño y dominador, no configuraría un caso fortuito liberatorio del deudor. Es que los caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad y la imposibilidad. De consiguiente, se está bajo el dominio de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumplir su obligación por causa de un evento imprevisible. Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor.

Por ende, en tanto que sea posible prever la realización de un evento susceptible de oponerse a la ejecución del contrato, y que este evento pueda evitarse con mediana diligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le permitía evitar encontrarse en semejante situación. El incendio, la inundación, el hurto, el robo, la muerte de los animales, el daño de las cosas, etc., son hechos en general previsibles, y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor, porque dejan incierto si dependen o no de culpa del deudor. Por consiguiente, es racional que el deudor que alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyen la culpa. Y la presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el

contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor estaba obligado a prever o a impedir. Por ejemplo, el robo o el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas. No constituyen caso fortuito sino probando que no obstante aquellas previsiones, fue imposible evitar el suceso; como cuando se consuman por un asalto violento que domina la guardia suficiente con que se custodiaba la cosa. Pero cuando la causa del robo queda ignorada; cuando ni siquiera se conoce el autor, entonces no hay derecho a exculparse con el caso fortuito para liberarse de la respectiva obligación. La presunción de culpa sigue pesando sobre el obligado. 3.—La novación, conforme al artículo 1687 del C. C., es un modo de extinguir obligaciones y puede verificarse de las tres maneras aludidas en el artículo 1690. Para no hablar sino de la última, o sea la novación por cambio de deudor, se verifica cuando un deudor se sustituye a otro, es decir, cuando un deudor deja de ser tal porque otro pasa a ocupar su lugar; la primitiva obligación se extingue y en su lugar nace una nueva entre el acreedor y el nuevo deudor. La novación por cambio de deudor puede ser de dos clases: 1º con el consentimiento del deudor primitivo; y 2º, sin su consentimiento. Esta distinción la consagra el último inciso del art. 1690, llamando *delegación* el primer caso. El segundo se ha convenido en llamarlo por la doctrina *expromisión*. Pero para que la novación por delegación sea perfecta se requiere de modo esencial, de acuerdo con el artículo 1694, que el acreedor manifieste expresamente su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. Para que se verifique la novación es preciso que las partes así lo quieran y lo declaren como se infiere no solamente de la regla general del artículo 1693. No basta decir que una persona cede un contrato a otra para que haya novación. 4.—La exigibilidad de una obligación es la calidad que la coloca en situación de pago o solución inmediata, por no estar sometida a plazo, condición, o modo, esto es, por tratarse de una obligación pura, simple y ya declarada.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Por resoluciones números 2521, 2404, 2082 y 2677 de 14 de noviembre, 19 de octubre, 31 de agosto y 4 de diciembre de 1936, el ministerio de correos y telégrafos declaró responsable a la señora Victoria Medina viuda de Terán en su carácter de contratista de correos en las líneas del sur, 3ª y 4ª secciones, de la pérdida o extravío de varios valores por la cantidad total de $ 597, y apoyándose en el respectivo contrato le impuso multas por valor de $ 20.

Por resolución número 2532 de 17 de noviembre de 1936 del mismo origen la citada contratista fue igualmente declarada responsable de la pérdida de la encomienda con el valor declarado número 258, consistente en la cantidad de quinientas diez y ocho onzas, seis adarmes y cuatro gramos de oro por un valor de $ 23.111.67, que consignó el agente del Banco de la República en la administración de correos de Barbacoas, el 17 de septiembre anterior y dirigido a la "Casa de Fundición y Ensayos de los Mineros de Occidente", de Cali, y se le impuso una multa de cincuenta pesos ($ 50).

Por último en resolución número 2096 de 31 de agosto de 1936, de igual procedencia a la misma contratista se le obligó a consignar en la contaduría pagadora del ministerio la suma de $ 24.68, valor de las indemnizaciones reconocidas a varias personas en la misma resolución, por pérdida o extravío de valores introducidos al correo, y se le impuso una multa de cinco pesos ($ 5.00).

Basado en todas estas resoluciones el juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá, libró los respectivos manda-

mientos de pago contra la responsable y además ejercitó la acción real contra la finca hipotecada para asegurar ante el gobierno las obligaciones de la contratista, finca que está en poder del señor Efraín Córdoba Albán, contra quien también por esta causa está dirigida la ejecución, por lo tocante a la acción real.

En tiempo oportuno el señor Córdoba y los herederos de la obligada principal hicieron uso del derecho de excepcionar que les otorga la ley, formulando varias defensas, que serán materia de especial consideración y estudio.

El incidente fue admitido y sustanciado por la Corte, con audiencia del señor procurador delegado en lo civil, quien se opone a que se reconozcan las defensas, por carecer todas de apoyo legal.

Ya es tiempo de que la Corte dicte su veredicto, teniendo en cuenta las pruebas aducidas y los alegatos.

PRIMERA EXCEPCION

Insuficiencia del título ejecutivo

Los ejecutados proponen como excepción una que es fundamental y que debe estudiarse en primer lugar porque tiende a desconocer la eficacia de las resoluciones ministeriales en calidad de título ejecutivo. Bajo diferentes denominaciones se ha propuesto en los distintos memoriales exceptivos, pero el hecho concreto en que se funda es el siguiente:

La carencia de competencia o de facultad del ministerio de correos y telégrafos para dictar las resoluciones que sirven de base a la ejecución, especialmente en cuanto deducen responsabilidades en contra de la señora Victoria Medina de Terán extraídas del contrato de conducción de correos que celebró con el gobierno nacional, hecho que trae aparejado el que se pueda afirmar entonces la inexistencia de todo título ejecutivo. Esta excepción de consiguiente se traduce en una cuestión de derecho en que se le niega al gobierno el derecho de proferir resoluciones que impliquen el establecimiento de responsabilidades civiles, en aplicación de un contrato, función que corresponde única y exclusivamente al poder judicial. Es a la sala civil de única instancia de la Corte Suprema de Justicia a la que compete fallar en una sola instancia las controversias provenientes de contratos celebrados por el gobierno nacional con cualquier persona.

En lo tocante al mérito ejecutivo de las referidas resoluciones, el artículo 1059 del c. judicial determina en forma limitada los actos y documentos que pueden servir de título en las ejecuciones por jurisdicción coactiva; son tres, en ninguno de los cuales quedan comprendidas las resoluciones del gobierno sobre interpretación y aplicación de contratos. Luego la presente acción ejecutiva debe caer por su base, porque el juez que de ella conoce la está adelantando con extralimitación de sus poderes legales.

Se considera:

Si el caso se rigiera únicamente por las disposiciones y principios legales invocados por la defensa, claro es que el juicio debía mandarse suspender, para que fuera el poder judicial el que previamente determinara las responsabilidades civiles que incumben a la contratista señora Medina de Terán en razón de las violaciones del contrato de que la acusa el gobierno en las respectivas resoluciones. Pero además de aquellas leyes y principios ocurre lo siguiente, que viene en respaldo del mérito ejecutivo de aquellas resoluciones:

Las relaciones de la señora Medina de Terán con el gobierno se rigen por las cláusulas del respectivo contrato celebrado con el ministerio de correos y telégrafos el 13 de noviembre del año de 1935, por medio del cual fijáronse las obligaciones de una y otra parte en lo relativo a la movilización de los correos nacionales del sur, 3ª y 4ª secciones, que tomó a su cargo el doctor Manuel M. Granja, quien en acuerdo con el gobierno cedió el contrato a la señora Medina de Terán.

Entre las estipulaciones del contrato está la distinguida con la letra l), según

la cual el contratista se somete "a todas las disposiciones que estén en vigencia o que en adelante se dicten sobre el servicio de correos".

Se trata de un contrato administrativo relativo a un servicio público. La convención somete pues al contratista a las modalidades y reglamentos de ese servicio, que el Estado presta directamente por medio de sus funcionarios a los que impone deberes y normas especiales en beneficio de su buen funcionamiento y en garantía del público, obligaciones que también se extienden o deben extenderse a los contratistas a quienes el gobierno confía gestiones vinculadas al servicio, por venir a ser ellos también en esa calidad, agentes del gobierno comprometidos al éxito de la respectiva gestión en el mismo grado en que lo estaría el funcionario público. Con esta significación general es como cabe interpretar la cláusula contractual transcrita, que de otra manera sería innocua y baldía. Carecería de alcance y de aplicación práctica si no se dirigiera a obtener que el contratista quedara comprometido dentro de la misma reglamentación que obliga a los agentes del Estado, y que establece en favor de éste prerrogativas especiales explicables para los fines a que obedecen, de eficacia y garantía en la prestación de los servicios.

El artículo 40 del código postal y telegráfico vigente es una disposición especial perteneciente al servicio de correos. De ahí que ella extiende también su fuerza a los contratistas de conducción de correos, que contractualmente se obligan a obedecer todas las normas concernientes a ese servicio. Por manera que no porque el precepto se refiera a los empleados públicos, deja de tener aplicación cuando el agente del gobierno es un contratista, pues éste se vincula a la disposición por el contrato, y además por la misma índole del servicio público en que voluntariamente y con remuneración compensatoria se ha dispuesto a colaborar. El artículo 40 aludido dice:

"Art. 40. Toda escritura o documento de fianza prestará mérito ejecutivo, y para hacerla efectiva servirá de base la liquidación que forme la oficina a la cual deba rendir sus cuentas el empleado, y en caso de pérdida o extravío de valores, recomendados o encomiendas, la resolución que dicte la Dirección General de Correos y Telégrafos. Una vez hecha la liquidación del alcance por la oficina respectiva, o dictada la resolución por la cual se declare responsable de la pérdida o extravío de valores, recomendados o encomiendas, los procedimientos subsecuentes se seguirán por el Juez ejecutor".

La disposición anterior acogida en un un contrato de conducción de correos mediante una cláusula como la estipulada y arriba preinserta, determina lo siguiente: 1º que la escritura o documento de fianza otorgado por un empleado o contratista del ramo postal, presta mérito ejecutivo, mediante liquidación, en los casos en que se deduzca alcance al empleado o contratista; y 2º que la resolución que dicte el gobierno en los casos de extravío o pérdida de valores, recomendados o encomiendas de que debe responder el contratista de conducción, también presta mérito ejecutivo.

El artículo 94 del decreto 85 de 1927, reglamentario del servicio de encomiendas postales del interior (Diario Oficial número 20.412 de 3 de febrero), dice: "La responsabilidad de los contratistas, mensajeros o conductores, empieza desde el instante mismo en que recogen las encomiendas o sacos contentivos de ellas y dan recibo, y termina, cuando a su debido tiempo han hecho la entrega de sus envíos y obtenido el cumplido recibo en los correspondientes pasaportes". Y el artículo 103 del mismo decreto agrega: "Si el responsable de la pérdida, extravío, deterioro o demora de una encomienda, fuere el respectivo contratista de conducción, cubrirá lo que le corresponda de conformidad con el contrato que tenga celebrado".

La combinación de estas dos disposiciones que se incorporan en el contrato que regulaba las relaciones entre el gobierno

y la señora Medina de Terán, como contratista para la conducción de correos, fijan de manera plena su responsabilidad en la pérdida de los valores que le cobra el gobierno y facultaban ampliamente a éste para dictar las respectivas resoluciones de cobro de los valores perdidos. Y como estas resoluciones por constituír un desarrollo y aplicación del contrato, son legales, por cuyo motivo deben tener eficacia y ser operantes, pues lo contrario llevaría a una inadmisible antinomia jurídica, consistente en que las resoluciones fueran legales pero inoperantes, el juez de ejecuciones fiscales tiene competencia para ejecutarlas, de acuerdo con el artículo 3º del decreto 1315 de 1936 —si se estimare insuficiente el artículo 40 del código postal— que dice:

"Artículo 3º Los Jueces de Rentas y Ejecuciones Fiscales tendrán jurisdicción en todo el territorio de la República, para exigir por jurisdicción coactiva el pago de los créditos a favor del Fisco Nacional, provenientes de responsabilidades de empleados de manejo, rentas e impuestos nacionales, contratos celebrados por la Nación con otras entidades públicas o con particulares, fianzas o cauciones análogas, sanciones pecuniarias judiciales o administrativas, y en general, para la efectividad de toda deuda a favor del Estado, y cuyo importe deba ingresar a las arcas nacionales".

Todas estas consideraciones llevan a concluír que la excepción propuesta y examinada debe ser rechazada.

SEGUNDA EXCEPCION

Caso fortuito o fuerza mayor

La segunda excepción hácese consistir en que hubo caso fortuito y fuerza mayor en la pérdida de la encomienda número 258, de que trata la resolución número 2532 de 17 de noviembre de 1936, encomienda que contenía la cantidad de 518 onzas, 6 adarmes y 4 gramos de oro, por un valor de $ 23.111.67, y que había sido consignada en la administración de correos de Barbacoas por el agente allí del Banco de la República, para ser transportada a Cali. La encomienda fue sustraída o robada en Pasto, junto con otros valores de menor importancia, del poder de los empleados o agentes del contratista, la noche víspera de ser movilizada de Pasto a su destino. La investigación criminal para descubrir a los responsables del robo no dio ningún rseultado, pero en todo caso el informativo concluyó en un auto de sobreseimiento definitivo en favor de la señora Victoria Medina de Terán, dictado por el juez competente y confirmado por el tribunal de Pasto, providencia en la cual se declaró expresamente a dicha persona sin responsabilidad en el robo, pues no se le podía imputar ni siquiera descuido.

Del hecho propuesto se deduce la irresponsabilidad civil de la contratista, quien se ampara por el caso fortuito de que fue víctima, y que le impidió entregar la encomienda al gobierno.

La pérdida de la encomienda, tal como aparece del informativo levantado por las autoridades de la ciudad de Pasto para descubrir los responsables, y es narrada por el fiscal del juzgado primero superior, en su concepto de fondo rendido el 17 de diciembre de 1927, sucedió así:

"La remesa de oro fue enviada desde Barbacoas por la Agencia del Banco de la República y llegó a esta ciudad en la noche del 20 de septiembre de 1936, siendo conducida por el servicio de Correos Nacionales. Una vez en Pasto, la encomienda fue entregada al Administrador de Correos de la localidad, donde permaneció la noche del 20 y las primeras horas del 21; en la tarde, y como parece era costumbre, fue entregada junto con el correo destinado al norte a la agencia "Paz", representada por el conductor o empleado de dicha casa o agencia, señor Artemio Bravo, quien después de recibirla con todos los requisitos legales, la hizo trasladar a la oficina de la empresa, situada en el barrio de La Merced, de esta ciudad. En el trayecto, según declara el italiano José Peroglio, se percató de que Bravo, junto

con el muchacho que cargaba la caja, se dirigía a la agencia "Paz" y antes de llegar entabló conversación con dos sujetos, quienes según el declarante, miraban la caja seguidamente y con alguna insistencia y demoraron un rato hablando algo que Peroglio no pudo distinguir; a continuación Bravo y el muchacho siguieron hasta el local de la agencia "Paz"; los individuos a que se refiere el italiano siguieron tras de Bravo, a una distancia de veinte pasos, hasta llegar a la esquina de la agencia y luego se retiraron. Posteriormente, en la investigación, el testigo reconoció en dichos sujetos a Juan Bautista Hoyos y Germán Londoño Castaño, como también a Artemio Bravo, conductor de la mencionada encomienda. En estas condiciones la encomienda quedó en la agencia, bajo la custodia de Bravo. Como según parece estaba establecido, Bravo debía entregar el correo junto con la encomienda a Efraín Paz, quien debía conducir el correo a Popayán; pero es el caso que a esa hora Paz se encontraba en el punto denominado Juanambú, en un servicio de transporte de carga; por consiguiente Bravo estuvo en la agencia cuidando de la caja hasta la llegada del chofer, para efectos de la entrega del correo y la encomienda; entre las once o doce de la noche llegó Paz y, como era costumbre, se hizo cargo del correo juntamente con la caja, con el lleno de los requisitos del caso; pero se sabe, según la declaración de Paz, que contrariando la costumbre de remesas anteriores, que consistía en que Paz se hacía cargo de la caja de oro y del correo y la llevaba dentro de su camión a su casa y no se separaba de ella hasta el lugar de su destino que era Popayán, Bravo le insinuó que no sacara la caja de la agencia y que la retirara a la hora en que fuera a marchar, a lo cual, después de una ligera discusión, convino Paz. Después de esto, Bravo cerró la oficina, asegurando con las respectivas llaves y se las entregó a Paz diciéndole que fácilmente, por la mañana, cuando ya fuera el viaje, podía sacar el correo y dejar las llaves en casa de Bravo. Parece que tanto Bravo como Paz se retiraron a sus respectivas casas de habitación. Al día siguiente, cuando Paz llegó a la agencia para sacar la caja y el correo y encaminarlos a Popayán, encontró la puerta abierta y que el candado había desaparecido junto con la caja que contenía el oro y el valor declarado por $ 90.00. Como el italiano Peroglio indicara a Hoyos Mejía y Londoño como los sujetos que entablaran conversación con Bravo cuando conducía la caja, el instructor se vio en el caso de adelantar la investigación alrededor de estos sujetos, porque a más del detalle indicial de Peroglio aparecen declaraciones de varios agentes de policía, entre ellos Gonzalo Zambrano, José Ignacio Romero y Eliécer Gómez, quienes manifiestan que en la noche del 21 de septiembre, hallándose de servicio en el sector que encierra el local de la agencia, apareció Juan Bautista Hoyos, quien al acercarse les dijo que tenía necesidad de que uno de los agentes lo acompañara hasta el Ejido, por cuanto portaba consigo una suma de dinero, a lo cual convino uno de ellos. Por esas mismas horas los agentes que hacían el servicio cerca del parque se encontraron con otro individuo, que posteriormente, después de ser identificado, resultó ser Germán Londoño, éste le suplicó que le hiciera conseguir un trago, por cuanto, a esa hora, le era difícil obtenerlo; el agente Gómez lo condujo a un establecimiento denominado café Gardelito, donde consiguió que le vendieran una caneca y algo de comer para los agentes. En tanto los agentes se servían unas sardinas, Londoño con muestras de preocupación, entraba y salía del establecimiento. En el Gardelito demoraron algo así como una hora y se retiraron y en la esquina del almacén de los señores Escrucerías, Londoño se encontró con Hoyos, y después de conversar ligeramente, se retiraron con dirección a la casa de Hoyos. Cerca de la una y veinticinco de la mañana los agentes que prestaban servicio a unas tres cuadras de distancia de la casa de Hoyos dicen que en la calle angosta, inmediata a la agencia Paz, sintieron ladrar a unos perros de manera insis-

tente y que por ese motivo se trasladaron al lugar donde esto sucedía, y cuando se disponían a este menester vieron que a la casa de Hoyos entraba aprisa un sujeto de abrigo negro y sin sombrero, y que al acercarse al portón sintieron un murmullo dentro de la casa".

El juez superior de Pasto en auto del 3 de febrero de 1938, acogió la vista del fiscal, y sobreseyó temporalmente en favor de las personas que aparecían como sindicadas del robo, por ausencia de pruebas suficientes para enjuiciarlas. Los principales de estos sindicados fueron los señores Juan Bautista Hoyos, Germán Londoño y Artemio Bravo, por aparecer algunos indicios contra ellos. En todo caso es conveniente complementar la exposición del fiscal con los siguientes pasos del auto del juez:

"Se deja constancia de que en otras ocasiones ya se habían perdido valores de consideración en la empresa, que muy pocas seguridades tenía la puerta, la cual fue abierta sin dificultad alguna por medio de una ganzúa ordinaria, lo que no se explica el hecho de dejar una considerable y valiosa encomienda en aquellas circunstancias"".....

"Algunos agentes como a la una de la mañana del día en que se verificó el robo sintieron los ladridos de un perro, en el lugar llamado de la calle Angosta, motivo por el cual se dirigieron a ese lugar y observaron que un hombre alto sin sombrero y con sobretodo aligeraba los pasos entrándose inmediatamente a la casa de Juan Bautista Hoyos, era un hombre a quien le brillaba el pelo, consecuencia de alguna pomada de las que se usan para dominar el cabello. Otra persona, que sacara un pasaje en la misma empresa Paz, vio al hombre de sobretodo y sin sombrero que salía de la empresa y posteriormente en rueda de presos fue reconocido Artemio Bravo por el hombre que entró corriendo a la casa de Hoyos. Hasta aquí surgen los indicios que hacen sospechoso tanto a Artemio Bravo, posible autor material y a Juan Bautista Hoyos y Germán Londoño C. como autores intelectuales. Cuando estos señores se encontraban detenidos en la cárcel de esta ciudad, fue a ella con el pretexto de comprar unas canastas que fabrican los presos, un señor del norte de nombre Jesús María Montes; en el establecimiento de castigo habló con los detenidos Hoyos y Londoño C. Con posterioridad a los sucesos y como había ciertos indicios, este señor fue detenido en Cali y al ser requisado se le encontraron unos castellanos de oro figurando en estos fragmentos de cadenas; este oro fue en cierto modo reconocido por algunos compradores de Barbacoas, quienes dijeron que era el mismo de que se componía la encomienda de oro comprada por Rosendo López y que fue la que se perdió. Es muy dudosa la razón que da Montes y en cierto modo no explica cómo hubo estos castellanos".

El tribunal superior de Pasto en auto del 3 de mayo del mismo año confirmó el auto del juez, agregando que el sobreseimiento se extendía con carácter definitivo en favor de la señora Victoria Medina v. de Terán Puyana, por cuanto a dicha señora no le cabía responsabilidad en el robo, "ni siquiera descuido".

Conocidos los hechos que les sirven a los ejecutados para sustentar la excepción, corresponde examinar su poder liberatorio de la prestación a que estaba obligada la contratista señora Medina de Terán.

El primer punto que importa esclarecer, en orden a esta cuestión, es el de saber o fijar concretamente cuál era la prestación determinada de la contratista, en lo concerniente a la pérdida de encomiendas, o en otros términos, cuál era el contenido de su obligación al respecto.

Se trataba indudablemente de una obligación de las que Demogue clasifica como de resultado, puesto que el convenio contenía esta a cargo de la contratista: "Entregar en las oficinas destinatarias la correspondencia y las encomiendas en el mismo estado en que las recibe, y los valores declarados y las encomiendas de dinero en las mismas condiciones de empa-

que, sellos y peso como los haya recibido". (Cláusula H.).

Era pues una obligación precisa y determinada, consistente en entregar las encomiendas en los lugares de destino en las mismas condiciones y contenido en que las había recibido para transportarlas. La contratista se constituía así en deudora de cosas específicas e individualizadas, según le fueran siendo entregadas a sus agentes por los del gobierno para ser transportadas. Más que una obligación de simple **prudencia y diligencia**, correspondiente a las de **medio**, de las que el deudor se exonera probando meramente la ausencia de culpa, mediante la demostración de que puso toda la atención y el cuidado de un hombre diligente, el deber concreto de la contratista, de responder por cada uno de los valores que recibía, le imponía, para exonerarse de esta obligación, la carga de la prueba del **caso fortuito** o de la **fuerza mayor**, como única fuente de liberación.

Por lo demás el contrato también es claro en el particular, puesto que en la cláusula k), la contratista tomó sobre sí todos los riesgos, con excepción expresa de los "casos fortuitos o de fuerza mayor debidamente comprobados".

Todo lo cual se traduce prácticamente, en que como está dicho, a la contratista no le basta acreditar en su defensa, la simple ausencia de culpa, si a la par no enseña el hecho concreto y determinado constituído realmente de un **caso fortuito**, que la colocara en condiciones de imposibilidad absoluta para devolver las encomiendas perdidas.

Está acreditado que la encomienda número 258, con oro por valor de $ 23.111.67, se perdió en Pasto por haber sido sustraída en la noche, de la pieza u oficina donde habíanla dejado los encargados de llevarla a Cali.

Los autos del juez superior y tribunal de Pasto, acerca del mérito del informativo que se levantó para descubrir los responsables de la sustracción, así lo demuestran. No cabe la menor duda pues que la encomienda se perdió, y que se perdió por el hecho voluntario de no se sabe quién, que la sustrajo, cometiendo así un delito cuyo autor quedó ignorado.

¿Constituirá este hecho innegable un **caso fortuito, capaz de producir por sí solo** la exoneración del deudor?

En la contestación negativa al interrogante no cabe duda. El hecho propuesto está lejos de constituír un verdadero caso fortuito o fuerza mayor, ni aún en la hipótesis todavía más seria de que la investigación hubiese descubierto al ladrón y que éste fuese persona extraña a las de que servíase o empleaba el contratista para mover los correos.

¿Qué es la fuerza mayor y el caso fortuito?

El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 suministra la noción, dándole equivalencia a los dos casos: Es lo imprevisto a que no es posible resistir. El precepto ilustra la noción con los ejemplos del naufragio, el terremoto, los mandatos de autoridad, etc.

Ciertamente hay muchos hechos de la naturaleza de los expresados que ostentan por sí mismos los caracteres de lo fortuito y pueden ser obstáculo invencible para el cumplimiento de la obligación. El rayo y el terremoto, por ejemplo, son acontecimientos súbitos, que avasallan el poder del hombre. Es difícil escapar a sus efectos aniquilantes y prever el fenómeno. Pero son raros los casos de esta naturaleza, que sean siempre y en todo supuesto causas de irresponsabilidad. El naufragio, el apresamiento por enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo citado, como ejemplo de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra y le hace perder lo que debe; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieren evitado la inundación de su propiedad, sin em-

bargo de que se cumple un acontecimiento por naturaleza extraño o dominador, no configuraría un caso fortuito liberatorio del deudor.

Es que los dos caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad e imposibilidad. De consiguiente, se está bajo el dominio de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumplir su obligación por causa de un evento imprevisible. Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni fuerza mayor.

Por ende, en tanto que sea posible prever la realización de un evento susceptible de oponerse a la ejecución del contrato, y que este evento pueda evitarse con mediana diligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le permitía evitar encontrarse en semejante situación. El incendio, la inundación, el hurto, el robo, la muerte de los animales, el daño de las cosas, etc., son hechos en general previsibles, y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor, porque dejan incierto si dependen o no de culpa del deudor. Por consiguiente es racional que el deudor que alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento, deba no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyen su culpa.

Y la presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor estaba obligado a prever o a impedir. El robo o el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas. No se convierten en caso fortuito sino probando que no obstante aquellas previsiones, fue imposible evitar el suceso; como cuando se consuma por un asalto violento que domina la guardia suficiente con que se custodiaba la cosa.

Pero cuando la causa del robo queda ignorada; cuando ni siquiera se conoce el autor, como ocurre con la pérdida de la encomienda de la remesa de oro, en que la investigación no dio ninguna luz, ni siquiera para evitar las sospechas que desde un principio recayeron sobre los propios encargados de su transporte, entonces no hay derecho a exculparse con el caso fortuito para liberarse de la respectiva obligación de entregar la encomienda, conforme lo imponía el contrato. La presunción de culpa sigue pesando sobre la contratista, por no haber demostrado que el robo, hurto, o sustracción de la encomienda del lugar en que se guardaba la noche en que desapareció, sobrevino por un verdadero caso fortuito o fuerza mayor, a tal punto de carácter irresistible que se consumó por encima de las precauciones, cuidados y seguridades que humanamente, para resguardar el tesoro contenido en la pequeña caja de madera de la encomienda, naturalmente expuesto constante y permanentemente a la astuta codicia de los ladrones de dentro y de fuera de las mismas empresas transportadoras, era posible exigir.

El sobreseimiento que dictara el Tribunal de Pasto en favor de la señora Victoria Medina de Terán, en el sumario para descubrir los responsables del robo de la encomienda, por no aparecer ella comprometida directa ni indirectamente en el hecho, en nada aminora su responsabilidad civil. El sobreseimiento juzgó la conducta de dicha señora a la luz de la ley penal. Pero de que sea evidente que ella no sea autora, coautora o cómplice en el robo, que son las hipótesis posibles que obviamente contempla el sobreseimiento dictado por el juez penal, no se infiere de modo alguno que en relación con ella esté acreditado el caso fortuito o que el sobreseimiento constituya un juzgamiento tácito o expreso de ese aspecto, hecho por el juez competente, porque el caso fortuito vinculado a la ejecución del contrato por la señora Medina de Terán es una

cuestión estrictamente civil, de competencia exclusiva de la justicia civil, y que por su propio contenido, es materia ajena a investigaciones criminales y a juzgamientos de índole criminal.

TERCERA EXCEPCION

Nulidad absoluta por falta de causa

Esta excepción tiene por hecho básico la alegación de que el oro perdido no pertenecía a la nación; se le dá así desarrollo a la idea:

La encomienda número 258 que contenía la remesa del oro perdido en Pasto en la noche del 21 al 22 de septiembre de 1936, y que consignó en Barbacoas el señor Gregorio López, como agente del Banco de la República con destino a Cali, había sido previamente asegurada en la Compañía Colombiana de Seguros, sucursal de Cali contra **riesgos de robo y pérdida total** por la suma que representaba su valor, o sea $ 23.111.67. El 13 de octubre siguiente la Compañía pagó al Banco de la República, dueño de la encomienda, su valor. Y posteriormente a virtud de lo ordenado en la resolución que sirve de base a la ejecución, el gobierno nacional reintegró la misma suma a la Compañía Colombania de Seguros basándose en que ésta, de acuerdo con el artículo 677 del C. de Comercio, se había subrogado en los derechos que el Banco de la República tenía contra terceros; y que el gobierno era el tercero obligado a responder de la encomienda ante el Banco de la República.

Sobre este hecho los excepcionantes deducen lo siguiente:

"La generosidad y magnanimidad del Gobierno Nacional, para con la Compañía Colombiana de Seguros, no modifica el contrato con la señora Victoria Medina v. de Terán Puyana. En efecto, el Gobierno Nacional, por sí y ante sí, sin base en contrato y antes por el contrario, violando las estipulaciones contractuales, bilaterales, contraídas con la señora Medina v. de Terán, dictó la resolución número 2532 de 1936, ya citada; y en ella, no sólo abusó, decretando una responsabilidad de carácter civil, sino que, declarándose cesionario del Banco de la República, reembolsó a la Compañía Colombiana de Seguros, la cantidad que ésta había pagado al Banco, por consecuencia del daño sufrido con la pérdida del oro robado. Puede que el Gobierno Nacional tenga obligación de reembolsar a una compañía aseguradora lo que ésta ha pagado, por virtud de su naturaleza de persona jurídica aseguradora de valores, contra incidentes de todas clases, como casos fortuitos, fuerza mayor, o robos, derrumbamientos de carros, etc. Pero, el Gobierno Nacional, lejos de estipular con la contratista señora Medina v. de Terán Puyana, esta clase rara de obligaciones, estipuló todo lo contrario: es decir, que en caso de caso fortuito o fuerza mayor, en la pérdida de la encomienda, no asumía ninguna responsabilidad de indemnización, ni a favor del Gobierno contratante, ni a favor del interesado dueño de las encomiendas".

Se considera:

La excepción carece de fundamento. Las obligaciones de la contratista señora Medina de Terán derivadas del contrato sobre conducción de correos son completamente distintas y nada tienen qué ver con las obligaciones del gobierno derivadas del contrato de seguros que el dueño de la encomienda celebró con la Compañía Colombiana de Seguros para responder contra riesgos de pérdida.

Las obligaciones de la contratista figuran en su contrato que como está visto la obligaba a responderle al gobierno de los valores que se le entregaron. Y las obligaciones del gobierno para con los introductores de encomiendas o valores en el correo o sus cesionarios figuran en la ley. Las relaciones dimanadas de cada cuerpo de tales obligaciones, funcionan así independientemente.

Son bien conocidas las obligaciones que el contrato le impone a la contratista.

Es elemental que el gobierno responda de las encomiendas perdidas en el correo,

a sus dueños. Los introductores hacen confianza en los correos, luego es natural que los valores declarados e introducidos con las formalidades previstas, no se pierdan para sus dueños, quienes deben ser indemnizados satisfactoriamente, pues de lo contrario el servicio público de correos dejaría de satisfacer las necesidades para que fue creado. Este principio que aunque no estuviera escrito sería siempre obligatorio, lo consagran entre otras disposiciones, los artículos 86 y 92 del Decreto 85, citado con ocasión del estudio de la primera excepción, en virtud de los cuales, salvo los casos previstos en el artículo 86, entre los cuales figura el caso fortuito y la fuerza mayor, el remitente o a falta de éste el destinatario tiene derecho a que se le indemnice proporcionalmente el valor real de la pérdida, despojo o avería, y a más tardar en el término de seis meses de la fecha de la reclamación, pondrá el gobierno a disposición de los interesados el valor de la indemnización reconocida.

Ahora, como la encomienda del oro se perdió, el Ministerio tenía que dar cumplimiento a sus obligaciones con los remitentes, y fue lo que hizo en las resoluciones base de la ejecución. El Ministerio no podía excusarse de reconocer las indemnizaciones con la ocurrencia de un caso fortuito, porque no existió. Estaba obligado a decretarlas. Y en relación con el valor declarado número 258, consistente en oro físico por valor de $ 23.111.67, perteneciente al Banco de la República, el reconocimiento de la indemnización tenía que hacerlo en favor de la Compañía Colombiana de Seguros, cesionaria de los derechos del Banco.

Como se deja dicho, todas estas relaciones del gobierno, como responsable y garante de la eficiencia del servicio de correos, son independientes de las que los contratistas del transporte de correo asumen con el gobierno. De nada le serviría a la contratista señora Medina de Terán, alegar y probar que el gobierno hizo un pago indebido a tercero por razón de la pérdida de un valor declarado, si de otra parte está acreditado que por razón de sus obligaciones contractuales de esa pérdida debe responder la contratista al gobierno.

CUARTA EXCEPCION

Inexistencia de garantía hipotecaria

La acción real en este juicio tiene por objeto el inmueble que aparece hipotecado por la señora Victoria Medina de Terán a favor del gobierno nacional para garantizar las obligaciones del contratista doctor Granja, según escritura número 2737 de 21 de noviembre de 1935 otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá. Tanto esta escritura como la número 1494 de 20 de junio de 1936 de la Notaría 4ª, en que se formalizó, con intervención del gobierno nacional, la cesión del contrato hecha por Granja a favor y a cargo de la señora de Terán, son las que sirven de base a la acción real.

Se afirma que este contrato de cesión operó el fenómeno de la novación, la que de acuerdo con las normas legales extinguió la hipoteca con que el doctor Granja, cedente, le garantizó al gobierno nacional el cumplimiento del contrato de correos, que luego cedió con el consentimiento del gobierno, a la señora Medina de Terán.

Se considera:

La excepción es infundada, como se comprueba con la sola enumeración de los detalles y formalidades de la cesión.

En el "Diario Oficial" número 23.070 del 27 de diciembre de 1936 aparece publicado el contrato que celebró el Ministerio de Correos y Telégrafos con el doctor Manuel M. Granja, el 13 de noviembre anterior, sobre conducción de los correos nacionales del sur, 3ª y 4ª secciones, por el término de dos años a partir del 1º de diciembre del año mencionado. En la cláusula 15 y última del contrato, el contratista se obligó a garantizarle al gobierno el cumplimiento de lo estipulado mediante el otorgamiento de una fianza hipotecaria por valor de $ 5.000 por cada

una de las dos secciones en que estaba dividido el pliego de cargos.

En desarrollo de este compromiso se otorgó la escritura número 2737 de 21 de noviembre de 1935 en la Notaría 4ª de Bogotá. En ella el mismo Granja, como apoderado especial de la señora Victoria Medina de Terán, según escritura pública que al efecto exhibió, garantizó al gobierno nacional que cumpliría con todas las estipulaciones del contrato anterior, dando en seguridad la hipoteca de una finca de propiedad de la señora Medina de Terán, ubicada en Pasto, situada en la calle 7ª de dicha ciudad, finca que es la misma que en el juicio se persigue con acción real, y que actualmente está en poder del ejecutado señor Efraín Córdoba Albán.

Posteriormente otorgóse en la misma Notaría 4ª la escritura número 1494 del 20 de junio de 1936. Por ella el Ministro de Correos y Telégrafos, en nombre del gobierno nacional, el doctor Manuel M. Granja y la señora Victoria Medina de Terán, convinieron en lo siguiente: Que el gobierno, vista la solicitud del doctor Granja, para que se le autorizara traspasar a la señora Medina de Terán el contrato de la conducción de los correos que tenía celebrado con el gobierno, aceptaba dicho traspaso, según estaba resuelto en providencia al respecto del Ministerio de Correos, "dejando claramente establecido —dice textualmente la escritura— que la cesionaria se subroga en todas las obligaciones contraídas, en todos los derechos otorgados en el contrato que se traspasa, el cual se celebró previa licitación pública verificada el 31 de octubre de 1935, debiendo en consecuencia la cesionaria responder del cumplimiento del contrato que ahora toma bajo su inmediata dirección y responsabilidad con la misma garantía hipotecaria del contrato en referencia, para lo cual la hipoteca constituída por escritura pública número 2737 de 21 de noviembre de 1935 de esta misma Notaría respalda en su integridad las obligaciones contraídas por la cesionaria".

Juzgando el acto anterior, a la luz de la ley, no representa el fenómeno jurídico de la **novación.**

En efecto. De acuerdo con el artículo 1687 lel código civil "la novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida".

La novación es así un modo de extinguir obligaciones, por medio del cambio o reemplazo de una obligación por otra; es pues de su esencia que haya una obligación destinada a extinguirse por el nacimiento de otra.

Este modo de extinguir obligaciones puede verificarse de tres maneras, según el artículo 1690, de las cuales al presente sólo interesa el último, o sea el cambio de deudor: sustitución de un nuevo deudor al antiguo, "que en consecuencia queda libre". La novación por cambio de deudor tiene lugar, de consiguiente cuando un deudor se sustituye a otro, es decir cuando un deudor deja de ser tal porque otro pasa a ocupar su lugar; la primitiva obligación se extingue y en su lugar nace una nueva entre el acreedor y el nuevo deudor.

La novación por cambio de deudor puede ser de dos clases: 1º con el consentimiento del deudor primitivo; 2º sin su consentimiento. Esta distinción la consagra el último inciso del citado artículo 1690, llamando **delegación** el primer caso. El segundo caso se ha convenido por la doctrina en llamarlo **expromisión.**

Pero para que la novación por delegación sea perfecta se requiere de modo esencial, de acuerdo con el artículo 1694, que el acreedor manifieste expresamente su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. "A falta de esta expresión —dice el artículo— se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto".

Revisando la actuación del ministerio de correos y telégrafos con motivo de la autorización que concedió al doctor Granja para ceder el contrato a la señora Me-

dina de Terán, no existe ningún acto ni siquiera frase de donde pudiera inferirse que el gobierno expresó su voluntad de dejar completamente libre y desvinculado al doctor Granja de las obligaciones resultantes del contrato. El gobierno limitóse a dar la autorización para el traspaso. Pero el traspaso por sí mismo no entraña una novación; para que ésta se configure precisa que las partes así lo quieran y lo declaren como se infiere no solamente de la regla especial del art. 1694 en lo atinente a cambio de deudor, sino también de la regla general del art. 1693.

Empero, aun suponiendo que sí se operó la novación, y que el primitivo deudor doctor Granja hubiera quedado libre, lo cierto fue que en la escritura de traspaso los otorgantes convinieron expresamente en la reserva de la garantía hipotecaria. El texto que se transcribió de la escritura 1494 no deja la menor duda sobre la reserva expresa de la hipoteca con que antes se garantizaba la obligación del doctor Granja.

Y esta reserva está autorizada por el artículo 1701: "Aunque la novación se opere sin la sustitución de un nuevo deudor las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva".

De otro lado tampoco ocurriría el evento contemplado en el primer inciso del artículo 1702: "Si la novación se opera por la sustitución de un nuevo acreedor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aun con su consentimiento".

Alessandri Rodríguez explicando el sentido de este precepto, que bajo el código figura con el Nº 1643, dice lo siguiente:

"Qué quiere decir esto? En términos al alcance de todos, que las hipotecas no saltan de una propiedad a otra. Si el legislador hubiera autorizado la reserva en sentido opuesto al que indica el artículo 1643, habríamos tenido como resultado que las hipotecas que estaban constituídas sobre la finca perteneciente al primer deudor habrían saltado y venido a colocarse sobre los bienes del nuevo deudor, y eso no es sólo jurídicamente imposible, sino físicamente imposible. La disposición del artículo 1643 significa que no pueden las partes convenir, aunque el nuevo deudor lo acepte que las hipotecas constituídas sobre los bienes del primer deudor, pasen a colocarse sobre los bienes del nuevo deudor y pasen a tener en estos bienes el mismo papel y situación que tenían en los bienes del primitivo deudor. Y qué razón habrá tenido el legislador para rechazar ésta reserva de hipotecas, aun con el consentimiento del nuevo deudor? Sencillamente para resguardar los intereses de los otros acreedores hipotecarios del nuevo deudor; para evitar que éstos acreedores puedan perjudicarse. Por ejemplo, supongamos que la propiedad del primer deudor tiene una hipoteca de primer grado, y que la propiedad del segundo deudor tenga tres hipotecas: de primero, segundo y tercer grado. Si la primera hipoteca de la propiedad del primer deudor pudiera ser reservada, pasaría a ocupar el primer lugar en el inmueble del nuevo deudor, y la primera, segunda y tercera hipoteca de esta propiedad, pasaría a ser segunda, tercera y cuarta, lo que irrogaría un evidente perjuicio para los demás acreedores hipotecarios del segundo deudor". (Tratado de las obligaciones).

Por lo tanto el artículo 1762 no puede extenderse a los bienes que el nuevo deudor ya había hipotecado para responder de la obligación del anterior, la cual aquél asume por novación. El artículo no se refiere a ese caso, en el que no hay inconveniente para que la reserva tenga pleno efecto, pues los acreedores del nuevo deudor no sufren ningún perjuicio, por tratarse de bienes que ya estaban hipotecados para responder de la obligación.

Don Fernando Vélez también dice al respecto: "Si la novación consiste en el cambio de deudor, no puede haber reserva de hipoteca o prenda de bienes del nuevo deudor. aunque convenga en ella, por la simple razón de que la reserva no puede ser sino sobre bienes empeñados o hi-

potecados desde la perfección de la primera obligación. El nuevo deudor podrá hipotecar o dar en prenda sus bienes para garantía de la obligación que contrae, pero estas cauciones no tendrán efecto sino desde el día en que se constituyen".

En suma, por cualquier aspecto que se examine la llamada excepción de **novación o insuficiencia de garantía hipotecaria** resulta plenamente infundada.

QUINTA EXCEPCION

Compensación.

Se propone por último la excepción de compensación hasta la cuantía de $ 9.715, suma esta que se afirma debida por la nación a los herederos de la señora Victoria Medina de Terán Puyana por razón de los servicios prestados en la conducción de los correos en los meses de septiembre, octubre y noviembre de 1936.

A fls. 55 v. del cuaderno número .. figura un certificado expedido por el señor contralor general de la república en que manifiesta que la última orden de pago a favor de la contratista señora Medina de Terán, por razón del contrato fue expedida el 7 de septiembre de 1936 por $ 3.100 y que la reserva correspondiente a este contrato fue cancelada por la contraloría, a virtud, según agrega otro certificado procedente de la misma oficina que figura a fls. 9 v. del cuaderno número 7, de petición del ministerio de correos basada en la resolución de caducidad número 2474 de 29 de octubre de 1936 dictada por el mismo ministerio.

Se considera:

De acuerdo con el artículo 1731 del c. civil es condición esencial para que se opere la compensación que los dos créditos de que se trate sean actualmente exigibles.

La exigibilidad es la calidad que coloca a las obligaciones en situación de pago o solución inmediata, por no estar sometidas a plazo, condición, o modo, esto es por tratarse de obligaciones puras, simples y ya declaradas.

No aparece que el crédito que se quiere compensar tenga la calidad de exigible, mediante la comprobación de que por autoridad competente se declaró como deuda a cargo del Estado por servicios efectivamente prestados durante el lapso correspondiente. Como el incidente de excepciones no es juicio declarativo, en él no cabe el estudio de cuestión semejante.

Sentencia:

En consecuencia no se justificó ninguno de los hechos exceptivos propuestos, por lo cual la sentencia tiene que reconocer ese hecho y ordenar que siga adelante la ejecución sobre todos los valores que por multas e indemnizaciones se cobran en este proceso que se refiere a varias ejecuciones acumuladas.

A mérito de lo cual, la sala de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas todas las excepciones que hicieron valer los ejecutados en los varios memoriales de excepciones que al efecto presentaron. Siga adelante la ejecución.

No hay costas en el incidentes de excepciones.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al juez ejecutor.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel Pineda Garrido, Srio.

INDICE

Págs.

EDITORIAL.—EXPOSICION DEL DOCTOR ANTONIO JOSE PANTOJA ANTE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA .....

SALA PLENA

DECRETO ACUSADO NUMERO 1411 DE 1937, REGLAMENTARIO DEL ARTICULO 3º, LEY 160 DE 1936, SOBRE PETROLEOS. — Se decide que no es el caso de declarar exequible o inexequible el artículo único del decreto número 1411 de 1937, porque habiendo sido derogado carece la Sala de materia sobre la cual resolver. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 1

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SIMULACION. — No se infirma el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha veintitrés de junio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Liduina Rojas de Vargas contra Guillermo Vargas C. y Dante Biagi. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 2

ACCION DE EXCLUSION DE BIENES DE UNOS INVENTARIOS. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el día cuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de Carlos Arcila S. contra los herederos y la cónyuge de Rafael Arcila. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 6

ADMISION DE UN RECURSO DE HECHO PARA OBTENER EL DE CASACION. — Se admite el recurso de hecho y se ordena al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, conceder el recurso de casación interpuesto por el doctor Enrique Rodríguez Diago. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango. 11

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNAS MEJORAS. — No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el día cuatro de junio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Sebastián Villa contra Angela Rosa López v. de Toro y otros. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango. 13

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE MUTUO.—INCONGRUENCIA. — CONTRATO DE EMPEÑO O PRENDA. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el siete de junio de mil novecientos cuarenta y uno. en el juicio ordinario de Juan Pinzón contra Daniel Sabogal Mora. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 16

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA. — ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintiocho de abril de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de Carolina, Alejandrina y Carmen Peña Rojas contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda. 23

ACCION DE SIMULACION. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de Francisco A. Salazar contra los señores Guillermo, Ricardo y Daniel Mejía. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 30

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO VERBAL.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Paulina Gómez de Garzón contra la sucesión de Mercedes Gómez. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. 34

ACCION DE NULIDAD RELATIVA DEL

Págs.

REMATE EJECUTADO POR EL SINDICO DE UN CONCURSO DE ACREEDORES.—Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha dos de septiembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio de nulidad promovido por Valentín Restrepo contra Alfonso Londoño S. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 40

RESOLUCION DE UNA PROMESA DE CONTRATO. — EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES. — Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en quince de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario sobre rescisión de un contrato iniciado por Luis Camacho Matis contra Margarita Hoyos de Uribe. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 44

OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA. — Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de oposición a la posesión de una mina seguido por la Compañía Asnazú Gold Dredging, Ltd., contra el doctor Manuel M. Mosquera W. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 51

REIVINDICACION. — NOTIFICACION DE LA DEMANDA. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. el tres de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio reivindicatorio de Ascensión Hurtado de Ramírez contra Marcelina Grisales, Eduardo y Juan C. Ramírez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 56

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA QUE DECLARO INFUNDADAS LAS OBJECIONES A UNA PARTICION.—No se casa la providencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el día catorce de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el incidente sobre objeción a una partición promovido por María Teresa Suárez de Cajal en el juicio sucesorio de Jerónimo Suárez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 63

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — CERTIFICADOS DE REGISTRO. — No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con fecha siete de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Laura Mejía v. de Villegas contra Luis Arango. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 65

LEGITIMACION. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de Pedro Díaz y de la sucesión de María Ninfa Suárez y de la sociedad conyugal habida entre ésta y José María Díaz contra Secundina Díaz de Suárez y otros. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda. 70

CONTRATO DE TRABAJO. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el diez y siete de abril de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio sobre reconocimiento del descanso dominical seguido por Alejandro Fernández contra la compañía The Telephone Company, Limited. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. 76

ACCION PRINCIPAL PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS Y DE RECONVENCION SOBRE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS. — EMPRESAS DE SOCIEDADES EXTRANJERAS. — MUTUO. — No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el día doce de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de la Compagnie Génerale des Tabacs contra Diego Maldonado, Gilberto Maldonado, Alejo Maldonado y otros. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. 82

ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE. — REMATES VERIFICADOS POR LOS BANCOS PRENDARIOS. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario de Pedro Sánchez Barriga contra el Banco Prendario Municipal de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 93

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO. — NULIDAD Y SIMULACION. — RESOLUCION. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio de

Págs.

nulidad iniciado por Rudesinda Portilla v. de Durán contra Silvino Calderón J. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 97

OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA. — Se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el seis de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio sobre oposición a la posesión de una mina promovido por Carlos G. López contra Hernando Guerrero y otros. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. 101

CESION. — CAUSA DE LA DEMANDA. — QUE ACCIONES Y OBLIGACIONES PUEDEN CEDERSE Y CUALES NO. — RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el nueve de junio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario seguido por Roberto Medina P. contra el Banco Agrícola Hipotecario. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 107

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO.— No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga con fecha tres de diciembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario promovido por Delia Castellanos de Espinel y sus menores hijos Adela y Ciro contra el doctor Luis García Prada. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 117

RECURSO DE REVISION DE UNA SENTENCIA.—ALCANCE JURIDICO DEL REGISTRO DE LIBROS EN LAS CAMARAS DE COMERCIO. — Se invalida la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de diez y siete de junio de mil novecientos cuarenta y uno, pronunciada en el juicio instaurado por la Empresa Eléctrica de Manizales contra Carlos E. Pinzón, Camilo Uribe y Abel Mejía. El presente pronunciamiento se hace a petición de María Pinzón de Gómez, Antonio y Carlos Pinzón H. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 122

FILIACION NATURAL. — PRESUNCION DE RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES HECHO EN ACTO TESTAMENTARIO, A PESAR DE LA DECLARACION QUE EN EL APARECEN DE QUE SON SIMPLEMENTE ILEGITIMOS. — Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el diez de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario adelantado por Arcelia Cano de Calderón, Amelia Calderón de Cano y otras contra Quiterio Robles, Luis Eduardo Calderón Cano y otros. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 130

ACCIONES DE NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO Y DE NULIDAD DE UNAS INSCRIPCIONES. — VALORACION DE LA PRUEBA INDICIARIA. — LITIS-CONSORCIO. — FIRMAS CON FACSIMIL COLOCADAS POR UN REGISTRADOR EN INSTRUMENTOS PUBLICOS. — Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el día cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de Tobías Monroy contra Amparo Gamba y Pedro López Huertas. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. 139

CUENTAS. — No se infirma el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja con fecha veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio sobre rendición de cuentas promovido por Nicasia Avila v. de Mora y otros contra Angel María Medina. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango. . . . 153

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

RELACION ENTRE EL VEREDICTO DEL JURADO SOBRE NO IMPUTABILIDAD Y EL VEREDICTO SOBRE UN MOTIVO DE JUSTIFICACION. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, fechada el veintiuno de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, que impuso a Pedro Alejandrino Ortiz la pena de ocho años de presidio como responsable de la muerte violenta de Timoteo Parra. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 158

EN QUE CASOS PUEDEN REPUTARSE INJUSTAS LAS DECISIONES DE LOS JUECES DE CONCIENCIA.—PENA MAXIMA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD APLICABLE CONFORME AL NUEVO CODIGO PENAL. — Se invalida la sentencia del Tribunal de

Págs.

Pamplona, de fecha 27 de junio de 1941 que impuso a José Gil Vitama o Duitama la pena de veinticuatro años y cuatro meses y medio de presidio por el asesinato de Roque Becerra y por robo. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 164

RECUSACION DE UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR. — Se resuelve el incidente de recusación en el sentido de declarar que el Magistrado del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, doctor Carlos Julio Pedraza, no está impedido para actuar en el proceso que se siguió ante ese Tribunal al Juez de Circuito de Sogamoso, doctor Luis Enrique Caicedo Chaparro. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 170

CIRCUNSTANCIAS CONSTITUTIVAS DE ASESINATO CONFORME AL CODIGO PENAL ABROGADO Y AL NUEVO CODIGO PENAL. — No se invalida la sentencia del Tribunal de Bogotá, de fecha 4 de noviembre de 1940, que impuso a Siervo Espitia la pena principal de diez y nueve años de presidio por el asesinato de Efraín González. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo. 173

NO SE ADMITE UN RECURSO DE REPOSICION. — No se admite el recurso de reposición contra la providencia del 1º de octubre de 1941 que declaró cesado todo procedimiento contra algunos Magistrados del Tribunal de Bogotá, acusados por prevaricato injustamente. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruno. 178

CONCEPTO SOBRE LA SOLICITUD REFERENTE AL CAMBIO DE RADICACION DE UNA CAUSA. — Se conceptúa favorablemente al cambio de radicación de la causa contra los responsables del homicidio ejecutado en Ulpiano Barona y de las heridas causadas a Cecilia Barona. Magistrado ponente, doctor Francisco Bruño 183

CASACION DEL FALLO RECURRIDO POR HABERSE HALLADO JUSTIFICADA LA CAUSAL 4ª DEL ARTICULO 567 DE LA LEY 94 DE 1938. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán que condenó a Urbano Echeverry y a Jesús María Concha, a quince y a trece meses diez días de prisión, respectivamente, por el delito de robo. Magistradò ponente, doctor Campo Elías Aguirre. 185

Págs.

ACUMULACION DE DOS O MAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA RESPONSABILIDAD RESPECTO DE UN MISMO DELITO.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales que condenó a Jesús Salgado Franco a treinta y dos meses de presidio como responsable de la muerte violenta de Pedro Obando. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre. 191

SALVAMENTO DE VOTO. Magistrado doctor José Antonio Montalvo 195

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. — Se sobresee definitivamente en favor del doctor Alonso Aragón Quintero por los cargos de usurpación de funciones públicas, violación de leyes y preceptos legales y denegación de justicia. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo 196

UXORICIDIO.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja que impuso a Heliodoro Jiménez Arias la pena principal de dieciocho años de presidio, por el delito de uxoricidio en la persona de Julia Cruz de Jiménez. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo. 200

ASESINATO.—CONFESION DEL PROCESADO.—No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el diecinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta, que condenó a Benedicto González a diecisiete años de presidio por el delito de asesinato en la persona de Juan Bautista Leal. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo. 204

DECLARACION DE PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.—Se declara prescrita la acción penal por el delito de incendio imputado al doctor Antonio María Uribe, en la acusación formulada por Celestino Rueda. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo. 208

CUANDO ES NOTORIAMENTE INJUSTO UN VEREDICTO.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que impuso a Juan Bautista Arango y otros pena de presidio, por los delitos de homicidio y robo. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 210

HOMICIDIO.—INHABILIDADES E IMPEDIMENTOS PARA DESEMPEÑAR EL CARGO DE JURADOS.—LA IRA COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA EN EL DELITO DE HOMICIDIO.—No se invalida la sentencia del

Págs.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que condenó a Lázaro Mejía y a Berta Londoño a pena de presidio, como coautores del homicidio consumado en la persona de Elías Castaño. Magistrado ponente, Dr. Manuel Caicedo Arroyo 215

HOMICIDIO. — Se invalida la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, fechada el veintiseis de junio de mil novecientos cuarenta y uno, que absolvió a José Juvenal Cadavid Sierra del delito de homicidio consumado en la persona de Ricardo Cuartas Benítez. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo 219

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

RESPONSABILIDAD DE LOS RECAUDADORES.—Se confirma el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diecinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ejecutivo que adelantaba el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales contra Luis María Pardo y otros. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 224

PERSONERIA SUSTANTIVA. — Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el dieciseis de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio seguido por Clemente del Mónaco contra el Departamento de Nariño. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 227

JURISDICCION PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS RELATIVAS A PRESTACIONES SOCIALES.—Se declara que tanto la Corte Suprema como el Tribunal Superior de Cartagena carecen de competencia para conocer de la demanda sobre horas extras de trabajo y descanso dominical promovida por Miguel Ruiz A. contra el Departamento de Bolívar. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 229

COMPETENCIA EN ASUNTOS SOBRE PRESTACIONES SOCIALES.—Se decide que la Corte Suprema ni el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín son competentes para conocer de la demanda instaurada por Antonio José Rodríguez M. contra el Departamento de Antioquia para obtener el pago de una pensión de jubilación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 213

CAUCION DE PERJUICIOS.—Se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario adelantado por Pedro A.. Rebollo contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 233

EXCEPCIONES. — INSPECCION OCULAR. — CERTIFICADOS.—Se declara no probada la excepción de error de cuenta propuesta por Jacques Brodbeck y Bárbara Umaña de Brodbeck, en el juicio ejecutivo que les sigue la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 235

EXCEPCIONES. — Se declaran inadmisibles las excepciones presentadas por el señor José María Aldana, en el juicio ejecutivo que la Nación le adelanta a éste y a Pedro Rodas. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 238

EXCEPCIONES. — ACTOS DE IMPERIO — SU NATURALEZA JURIDICA. Se declaran probadas las excepciones propuestas por los demandados Manuel Uribe Afanador y Cesáreo Pulido en el juicio ejecutivo que les promovió la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 224

REPETICION POR PAGO DE LO NO DEBIDO. — IMPUESTO DE TIMBRE NACIONAL. — INTERESES DE MORA. — Se confirma el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el diez de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de María M. de Posada y otros contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez.. 249

SE REFORMA EL AUTO DE 29 DE OCTUBRE. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 7º DE LA LEY 160 DE 1936.—Se reconoce al doctor Benjamín Acosta Sánchez como apoderado de los señores Ismael Caicedo A., Julia Caicedo A., Bernardina Encinales y otros. Se reconoce asímismo como apoderados sustitutos a los doctores Carlos Holguín y Jorge Pradilla Reyes. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 253

MULTAS IMPUESTAS POR ADMINISTRADORES O RECAUDADORES DE IMPUESTOS CON BASE EN EL DECRETO NUMERO 160 DE 1936—Se declara probada la excepción consistente

Págs.

en que es inadmisible la multa que se le impuso a Juan B. Castaño por no llevar libros. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 255

REIVINDICACION. — PERJUICIOS—Se revoca la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio ordinario promovido por Emiliano González contra el Departamento de Caldas. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 257

ACCIONES SOBRE REPARACION DE PERJUICIOS Y DAÑOS DERIVADOS DE ACTOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. — Se reforma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el doce de diciembre de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario promovido por Rafael Bernal Medina contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 261

DEMANDA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — Se revoca la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá pronunciada el treinta de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio del Capitán Miguel Pinzón contra la Nación. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 270

SE CONFIRMA EL AUTO APELADO. Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio sobre bienes mostrencos adelantado por el doctor Hernando Moreno. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 280

AVISO DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS. — Se resuelve que es fundada la pretensión de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia para explorar y explotar petróleo de propiedad particular en los terrenos hoy denominados **Hamburgo.** Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 284

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE ACCIONES DE REPARACION ORIGINADAS EN ACTOS, HECHOS U OPERACIONES DE CARACTER ADMONISTRATIVO. — Se confirma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario de Escolástica Silva de Vélez contra el Departamento del Valle del Cauca. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 324

NOTIFICACIONES DE RESOLUCIONES EJECUTIVAS.—Se revoca el auto ejecutivo proferido por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá el veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y nueve, en el ejecutivo de la Nación contra Luis Eduardo Agudelo. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 330

TITULO EJECUTIVO. — REQUISITOS PARA QUE UNA OBLIGACION PRESTE MERITO EJECUTIVO. — EXIGIBILIDAD DE OBLIGACIONES A CARGO DE LOS DEPARTAMENTOS.—Se revoca el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, fechado el veintidós de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ejecutivo de la señorita María Parra Patarroyo contra el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 332

COMPETENCIA EN ASUNTOS REFERENTES A PRESTACIONES SOCIALES.—Se decide que no es de la competencia de la Corte Suprema ni del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el conocimiento de la demanda instaurada por Saúl Guzmán contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales para que se declare que tiene derecho a una pensión de jubilación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 336

REQUISITOS PARA QUE HAYA TITULO EJECUTIVO.—Se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el dieciocho de abril de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ejecutivo del Departamento de Antioquia contra Mario Uribe U. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez..... 339

MULTAS IMPUESTAS POR LOS RECAUDADORES Y BASADAS EN EL DECRETO 818 DE 1936. — Se declaran probadas las excepciones de cobro de lo no debido, pago y compensación propuestas en el juicio ejecutivo que sigue la Administración de Hacienda Nacional de Nariño a favor de la Nación y contra la sucesión de Leonidas Delgado. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 314

INCIDENTE DE NULIDAD POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA DE

Págs.

UNA DE LAS PARTES, YA ADJETIVA, YA SUSTANTIVA. — Se confirma la providencia de veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno proferida por la Sindicatura del impuesto de herencias, asignaciones y donaciones, en el juicio ejecutivo promovido contra los herederos de José Florentino García Quiñones. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 345

NULIDAD DE LO ACTUADO POR ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA DE LA PARTE EJECUTADA.—Se pone en conocimiento de las partes la causal de nulidad consistente en ilegitimidad de la personería de la parte ejecutada en el juicio ejecutivo que adelanta el Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá contra la "Compañía Minera La Primavera". Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez... 348

NULIDAD DE UN JUICIO.—Se decreta la nulidad de lo actuado en el juicio ejecutivo que instauró el Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá contra la "Compañía Minera La Primavera". Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 349

Págs.

ACCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS. — ACTOS ADMINISTRATIVOS PROPIOS DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA. INMUTABILIDAD DE SUS DECISIONES POR LA JUSTICIA ORDINARIA. Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el dieciseis de agosto de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario adelantado por Félix Antonio Otero contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 351

ACCION DE DOMINIO. — Se revoca la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el diecinueve de abril de mil novecientos cuarenta, en el juicio promovido por Eduardo Pardo Rubio contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 359

EXCEPCIONES. — CASO FORTUITO.— NOVACION. — Se declara no probadas las excepciones presentadas en el juicio ejecutivo que el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, en nombre de la Nación, adelanta contra Victoria Medina viuda de Terán y otros. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 370



GACETA JUDICIAL

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Licencia Nº 451, de 7 de marzo de 1936.

Registrado para curso libre de porte en el servicio postal.

Tomo LIV. Diciembre de 1942. Número 1.991.

TALLERES "MUNDO AL DIA"—BOGOTA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIGNATARIOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DESDE EL 1º DE MAYO DE 1941:

Presidente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán
Vicepresidente: Dr. José Antonio Montalvo.
Secretario: Dr. Pedro León Rincón.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Presidente: Dr. Isaías Cepeda.
Secretario: Dr. Pedro León Rincón.

SALA DE CASACION EN LO PENAL

Presidente: Dr. Campo Elías Aguirre.
Secretario: Dr. Julio E. Argüello R.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Presidente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta.
Secretario: Dr. Manuel Pineda Garrido.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Presidente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán.
Secretario: Dr. Manuel Pineda Garrido.

Relator: Dr. JULIAN MOTTA SALAS.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

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

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

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

(Proemium Institutionum D. Justiniani).

Tomo LIV. **Diciembre de 1942.** **Número 1.991.**

SALA PLENA

DECRETO NUMERO 1789 DEL 20 DE OCTUBRE DE 1941, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTICULOS 1º, 2º Y 4º — COMPETENCIA PRIVATIVA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS DE INEXEQUIBILIDAD DE LEYES O DECRETOS

1. De una manera definitiva ha decidido la Corte que es a ella y no al Consejo de Estado a la que corresponde fallar definitivamente las demandas de inconstitucionalidad de cualquier ley o decreto acusados por quebrantamiento de la Carta, ya que en sentencia de fecha 7 de julio de 1942 se declaró inexequible el artículo 62 de la ley 167 de 1941.

2. El Decreto acusado fue dictado por el Presidente de la República haciendo uso de la facultad legal que se le confirió especialmente por el parágrafo del art. 21 de la ley 41 de 1915, para reglamentar y organizar la Caja de Gratificaciones y Recompensas y la de Fondos Especiales de la misma policía; de suerte que el Gobierno no ejercitó en el caso a que alude la demanda de inexequibilidad la facultad constitucional que le confiere autorización para reglamentar la ley, sino una meramente legal especialísima y *sui generis* que no tiene el carácter de extraordinaria ni pro tempore, otorgada de conformidad con el artículo 69 de la Constitución Nacional, ordinal 9º, sino la del 8º. Así lo dijo la Corte en sentencia del 5 de octubre de 1939, al estudiar el parágrafo citado. Si, pues, el Presidente ejercitó la facultad legal al reglamentar la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, no obró como órgano legislador, sino que cumplió un mandato que la ley le había impuesto y por ello no puede decirse que se haya violado el texto constitucional que preceptúa que es al Congreso únicamente a quien le corresponde la facultad de hacer leyes. No puede sostenerse, como lo dice el demandante, que el ejecutivo al dictar el decreto mencionado, invadiera las esferas del poder legislativo, porque se ha visto que ese decreto se dictó en virtud de expreso mandato de la ley 41 de 1915. El decreto acusado no prohibe el ejercicio de las profesiones a los ciudadanos colombianos; con él no se quiso legislar, en el sentido de ejercitar una función privativa del órgano legislativo, sino simplemente la de organizar la Caja de Gratificaciones y Recompensas, que es función atribuída por la misma ley al Presidente de la República. De lo cual se concluye que el Decreto acusado es exequible por no haber violado ninguna de las disposiciones de la Carta Fundamental que el actor citó en su demanda.

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

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

El doctor Luis Enrique Díaz, ejercitando la acción sobre control constitucional que a todo ciudadano le concede el artículo 149 de la actual Constitución Nacional solicita, previa audiencia del señor Procurador General de la Nación, se declaren inexequibles los artículos 1º, 2º y 4º con su correspondiente parágrafo, del decreto ejecutivo número 1789 de 20 de octubre de 1941, reorgánico de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, por considerar que esos mandamientos se oponen a los dictados constitucionales consignados en los artículos 2º, 38, 52, 69 y 115 de la Carta.

Los textos acusados dicen:

"Artículo 1º El valor de las prestaciones sociales que otorga la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, será cubierto por el respectivo Cajero al titular del derecho, personalmente, o girado al mismo lugar que éste indique, descontando los gastos que demande ese traslado.

"Artículo 2º Las resoluciones favorables en que se conceden tales prestaciones, podrán ser notificadas por edicto, que permanecerá fijado tres días en un lugar visible de la oficina del Sustanciador de la Caja de Protección, si no han podido ser notificadas al interesado dentro de los cinco días siguientes a su fecha.

"Artículo 4º Cuando un ex-empleado de la Policía Nacional que, siendo deudor de la Caja de Protección o de la Proveeduría de la institución, tuviere derecho a cualesquiera de las prestaciones de la referida Caja, no hubiese formulado, o no formulare la respectiva solicitud dentro de los treinta días siguientes a la fecha del retiro, podrán adelantarse las diligencias y dictarse la resolución correspondiente, a petición del Gerente de la Caja de Protección, del Proveedor o de los fiadores del ex-empleado en los préstamos o anticipos que a éste se hubieren hecho por dicha Caja.

"En tal evento, el valor de esas prestaciones se destinará a la cancelación del crédito a favor de tales entidades y a cargo del ex-empleado, y el excedente, si lo hubiere, será pagado en la forma que indica el artículo primero de este decreto.

"PARAGRAFO. Todas las notificaciones que en los negocios a que este artículo se refiere deban hacerse, se entenderán surtidas cuando se hicieren personalmente al peticionario, y además por edicto, en la forma y términos prescritos por el artículo 61 del Decreto 475 antes citado .

El decreto 1789 fue dictado por el Presidente de la República en uso de sus facultades legales, y en especial de la que le confiere el artículo 21 de la ley 41 de 1915, que así reza:

"El Gobierno reglamentará la presente ley y llenará los vacíos que puedan ocurrir sobre reorganización de la Policía Nacional, aumentando o disminuyendo el personal de ésta, según las necesidades del servicio.

"Parágrafo. Corresponde igualmente al poder ejecutivo la organización y reglamentación de la Caja de Gratificaciones y Recompensas y la de fondos especiales de la misma Policía, establecidas por decretos del Gobierno".

El Procurador al evacuar el correspondiente traslado solicita, como especial pronunciamiento, se decida de manera definitiva, si estando en vigencia la ley 167 de 1941, orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa, que le atribuye al Consejo de Estado, por su artículo 62, la facultad de decidir sobre la inexequibilidad de todos los decretos del Gobierno que sean acusados como inconstitucionales, es a aquella entidad o a la Corte Suprema la que corresponde en definitiva conocer privativamente de estas acusaciones.

Ha sido decidido ya de manera definitiva, por resolución de esta superioridad, de fecha siete de julio del corriente año que es a la Corte Suprema y no al Consejo de Estado a la entidad que le corresponde fallar definitivamente las demandas de inconstitucionalidad de cualquier

decreto acusado por quebrantamiento de la Carta, ya que en esa decisión se declaró inexequible el artículo 62 de la ley 167 citada atrás, en la parte que le atribuía al Consejo esa facultad. (G. J., números 1984 y 1985).

Basando el peticionario su acción de inexequibilidad en que si el decreto acusado es reglamentario, "él a todas luces sería inconstitucional ya que tal reglamento extralimitaría la ley, extrabasando la competencia constitucional del ejecutivo, convirtiendo a este órgano en legislador, lo cual es contrario al principio constitucional de la limitación de los órganos públicos. El ejecutivo carece de competencia constitucional para reglamentar las leyes que versan sobre materia civil o penal, organización judicial y normas procesales en general. En el caso actual estableció una limitación al ejercicio de la profesión de abogado, a las normas legales que regulan la libertad contractual y especialmente las que regulan el mandato, limitación consistente en que el mandatario no puede ejercitar la facultad de recibir, no notificarse de una providencia cuando se trate de prestaciones sociales concedidas por la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, por más que en un contrato exprese el mandante su voluntad de que el mandatario pueda hacerlo .

Considera igualmente el peticionario que el decreto violó el artículo 38 de la Carta en relación con el 69 de la misma, porque toda persona es libre de escoger profesión u oficio, y es al Congreso a quien corresponde hacer las leyes y que el decreto en cuestión es una verdadera ley que reglamenta el ejercicio de la profesión de abogado.

Se hace consistir el quebrantamiento del artículo 52, en que siendo limitados los órganos del poder público el ejecutivo ejerció funciones legislativas al dictar el decreto acusado, que modifica y reforma las leyes sobre el ejercicio de la profesión de abogado, sobre el contrato de mandato, y el 115 por cuanto el ejecutivo, dice el acusador, en lugar de ejecutar las leyes que es lo que le corresponde, como suprema autoridad administrativa, legisló, siendo esta función privativa del órgano legislativo.

A los anteriores reparos del doctor Díaz contesta la Corte:

El decreto en cuestión fue dictado por el Presidente de la República haciendo uso de la facultad legal que se le confirió especialmente por el parágrafo del artículo 21 de la ley 41 de 1915 para reglamentar y organizar la Caja de Gratificaciones y Recompensas y la de Fondos Especiales de la misma policía, de suerte que el Gobierno no ejercitó en el presente caso la facultad constitucional que le confiere autorización para reglamentar la ley, sino una meramente legal especialísima y sui géneris que no tiene el carácter de extraordinaria ni pro témpore, otorgada de conformidad con el artículo 69 de la Constitución Nacional, ordinal 9º, sino la del 8º. Así lo ha dicho la Corte en sentencia de 5 de octubre de 1939, al estudiar el parágrafo en cita.

Si, pues, el Presidente ejercitó la facultad legal al reglamentar la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, no obró como órgano legislador, sino que cumplió un mandato que la ley le había impuesto y por ello no puede decirse que se haya violado el texto constitucional que preceptúa que es al Congreso únicamente a quien le corresponde la facultad de hacer leyes.

No puede sostenerse, como lo dice el demandante, que el ejecutivo al dictar el decreto sub-júdice, invadiera las esferas del poder legislativo, porque ya se ha visto que ese decreto se dictó en virtud de expreso mandato de la ley 41 de 1915.

El decreto acusado no prohibe el ejercicio de las profesiones a los ciudadanos colombianos; con él no se ha querido legislar, en el sentido de ejercitar una función privativa del órgano legislativo, sino simplemente la de organizar la Caja de Gratificaciones y Recompensas, que es

función atribuída por la misma ley al Presidente de la República.

De lo dicho se concluye que ninguno de los textos constitucionales citados por el doctor Díaz han sido violados por el decreto número 1789, por lo cual la Corte Suprema, en Sala Plena,

Resuelve:

Son exequibles los artículos 1º, 2º y 4º del decreto número 1789 de 20 de octubre de 1941, reorgánico de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional.

Notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial, envíese una copia de esta decisión al señor Ministro de Gobierno y archívese el expediente.

Campo Elías Aguirre — José Miguel Arango — José M. Blanco Núñez — Manuel Caicedo Arroyo — Aníbal Cardoso Gaitán — Isaías Cepeda — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio.

DECRETO ACUSADO NUMERO 970 DE FECHA 15 DE ABRIL DE 1942

Ha sido unánime la jurisprudencia de la Corte, desde hace treinta años, en el sentido de declarar que no deben pronunciarse decisiones de fondo sobre la exequibilidad o inexequibilidad de leyes o decretos ya derogados, que no estén vigentes o que hayan dejado de tener eficacia por haberse llenado el fin para que fueron dictados. Tal el Decreto acusado. Es que el fin de toda acción de inexequibilidad es el restablecimiento del imperio constitucional, que se considera perturbado por el acto acusado, es decir, evitar que éste se ejecute o se continúe ejecutando, y tal restablecimiento es práctica u objetivamente innecesario, aun suponiéndolo contrario a la Constitución, cuando siendo de carácter *transitorio* dicho acto —como en el caso del Decreto acusado— alcanzó o consumó ya completamente el objeto que perseguía, pues si al tiempo de fallar no están en vigor la Ley o el Decreto acusados, porque hayan sido derogados, o porque hayan llenado íntegramente los fines para que fueron dictados, el orden constitucional, si bien temporalmente quebrantado, se ha restablecido automáticamente, ya que el acto violatorio no tendrá fuerza ni eficacia en lo porvenir, y en tal evento, no persistiendo el menoscabo de la Norma Suprema, el fallo de la Corte no vendría a restablecer el imperio de la Carta y no se cumpliría así la misión que ésta señala.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena. Bogotá, veinticuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

El señor Agustín Rojas Morales, ciudadano colombiano, en ejercicio de la acción concedida por el artículo 149 de la Constitución Nacional, presentó el 18 de abril del año en curso demanda de inconstitucionalidad del Decreto número 970, de fecha 15 del citado mes de abril, "expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias de que fue investido por la Ley 128 de 1941", y pidió que se declarara inexequible.

El artículo único de ese Decreto dispuso:

"En el año de 1942 las Asambleas Departamentales se instalarán el día 11 de mayo.

"El presente Decreto rige desde su fecha".

El asunto pasó al despacho del Magistrado sustanciador el 20 de abril, y ese mismo día se ordenó correr traslado al señor Procurador General de la Nación, para que emitiera su concepto.

El demandante fundó su acción en los siguientes hechos:

"**Primero**—Con fecha 15 de los corrientes fue expedido por el Presidente de la República, con la firma del Ministro de Gobierno, el Decreto a que se ha hecho referencia, que en su artículo único dispuso aplazar para el día 11 de mayo próximo la instalación de las Asambleas Departamentales, que debía verificarse el 20 de los corrientes conforme a la ley.

Segundo.—El referido Decreto dispone, asímismo, que rige desde su fecha y por consiguiente se halla vigente.

Tercero.—El Decreto en mención ha sido ya promulgado y, por tanto, conocido de todos los ciudadanos".

Como razones de derecho adujo, entre otras, las siguientes:

"El Presidente de la República, interpretando en forma excesivamente amplia las facultades concedidas por dicha ley (la 128 de 1941), y extralimitándose en el ejercicio de ellas, transfirió la reunión de las Asambleas del 20 de abril, fecha fijada por la ley, al 11 de mayo, abrogándose (sic) así una atribución que solamente puede ser ejercida por el Legislador y de la cual no fue investido, en forma precisa, por la expresada ley de facultades extraordinarias'.

"El uso que el Presidente de la República hizo de facultades de que no fue expresamente investido, contraría claramente preceptos constitucionales y quebranta el orden jurídico. El Decreto acusado viola especialmente, de manera directa, los artículos 69 —ordinal 9º—, 54, 184, 185, 113 —ordinal 8º— y sus concordantes de la Constitución Nacional".

El señor Procurador General de la Nación, al emitir su concepto, pidió que se declarara exequible el Decreto acusado, porque, en su opinión, el artículo 16 de la Ley 128 de 1941 sí facultó al Presidente de la República para tomar las medidas a que aquél se refiere.

Para resolver se considera:

El fin de toda acción de inexequibilidad es el restablecimiento del imperio constitucional, que se considera perturbado por el acto acusado, es decir, evitar que éste se ejecute o se continúe ejecutando, y tal restablecimiento es práctica u objetivamente innecesario, aun suponiéndolo contrario a la Constitución, cuando siendo de carácter transitorio dicho acto —como en el caso presente— alcanzó o consumó ya completamente el objeto que perseguía, pues si al tiempo de fallar no están en vigor la Ley o el Decreto acusados, porque hayan sido derogados, o porque hayan llenado íntegramente los fines para que fueron dictados, el orden constitucional, si bien temporalmente quebrantado, se ha restablecido automáticamente, ya que el acto violatorio no tendrá fuerza ni eficacia en lo porvenir, y en tal evento, no persistiendo el menoscabo de la Norma Suprema, el fallo de la Corte no vendría a restablecer el imperio de la Carta y no se cumpliría así la misión que ésta señala. Podría decirse que cualquiera decisión en tales condiciones no se dirigiría a demostrar que el acto acusado es o no inconstitucional, sino que fue o no fue inconstitucional lo cual tal vez no cabría dentro de las atribuciones de la Corte, ni se ajustaría al objeto que en sí tiene la acción de inexequibilidad.

Se ha dicho que la Corte debe conocer de una infracción pretérita de la Constitución, porque así lo impone su elevada función de guardián del Estatuto, sin considerar los efectos que el acto inconstitucional produzca, sino atendiendo solamente al quebrantamiento de la norma superior, y que es preciso que la Corte diga si el acto que se acusa viola o violó la Constitución, en el último caso para que en el futuro no se repita el atentado contra su imperio.

Si ese alcance se diera a la acción de inconstitucionalidad, tendría que ser general para todos los casos pretéritos, sin que se pudiera distinguir si el acto que violó el Estatuto se hizo insubsistente por sí solo, o fue derogado, ya que la violación es igual en ambos extremos de esta hipótesis, y así se llegaría naturalmente a reconocer la viabilidad de aquella acción aun sobre Leyes y Decretos derogados, consecuencia de la tesis que por sí sola se encarga de decir que no es exacta, pues la jurisprudencia de la Corte, de manera uniforme y constante, ha sentado el principio de que no deben pronunciarse decisiones de fondo respecto de la exequibilidad o inexequibilidad de Leyes o Decretos derogados, y la Sala no encuentra ahora razones suficientemente poderosas y convenientes para cambiar esa doctrina.

La violación del Estatuto es o fue la misma, así se trate de ley que pierde su vigencia, o de ley derogada. Es más: la violación de la Constitución es idéntica, o fue idéntica, respecto de la ley que perdió su vigencia, de la ley derogada o de

la ley vigente. El pecado de infracción constitucional es igual en cualquiera de los tres casos: se quebrantó o se quebranta el imperio de la Carta, y la diferencia entre derogatoria de una ley y la terminación de su vigencia, por el transcurso del tiempo en que debía regir, es demasiado sutil para basar en ella un criterio diferente acerca de la viabilidad de la acción sobre inexequibilidad en cada uno de esos casos.

El Decreto que se acusa no ha sido expresamente derogado, pero su carácter enteramente transitorio, de que él mismo da cuenta en su artículo único, y el hecho de haber cumplido plenamente los fines para que fue dictado, proclaman en forma bastante clara la insubsistencia y la ineficacia actual de él, en igual forma que si hubiera sido expresamente abolido o derogado, pues como lo observa el Profesor Coviello en su obra **Doctrina General del Derecho Civil**, página 105, "si bien la abolición constituye la causa más frecuente y más importante de la cesación de la eficacia legal, no son despreciables las causas que se llaman intrínsecas, que son: 1º El transcurso del tiempo fijado para la vigencia de la ley, ya sea que ese tiempo aparezca determinado, o que resulte del objeto mismo de la ley, como sucede con las leyes transitorias; 2º La consecución del fin que la ley se propuso alcanzar; 3º La desaparición de una institución jurídica, o la imposibilidad de un hecho que era el presupuesto necesario de la ley".

En el sentido indicado ha venido orientándose la jurisprudencia de la Corte en un período de treinta años, desde 1912 hasta el presente, y sobre el particular existe una numerosa serie de decisiones uniformes, de las cuales conviene citar algunas.

Refiriéndose a la acusación del artículo 2º de la Ley 29 de 1904, dijo la Corte en providencia del 31 de julio de 1926:

"Es evidente que el artículo 2º de la Ley 29 de 1904 dispuso que a la Diócesis de Panamá 'no se hará pago alguno mientras aquel Departamento permanezca en rebeldía'; pero desde el momento en que esta disposición, por sus mismos términos, era de carácter **transitorio, o sea,** mientras dicho Departamento estuviera en rebeldía con la República de Colombia, es claro que habiendo ésta reconocido a Panamá como Estado independiente y soberano, según aparece del tratado negociado con los Estados Unidos de América el día 6 de abril de 1914 y que aprobó la Ley 14 del mismo año, la situación que contempló el artículo acusado de la Ley 29 de 1904 desapareció por voluntad de la misma Nación colombiana, manifestada en aquella Ley, y por consiguiente hoy no hay materia para la acusación, como lo dice el señor Procurador.

La situación que pueda surgir por el reconocimiento de Panamá entra en el dominio del Derecho Internacional, y sobre ella no le corresponde decidir nada a la Corte.

Por estos motivos, la Corte Suprema, reunida en Pleno y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **declara que no hay lugar a resolver, por falta de materia,** sobre la demanda de inexequibilidad del artículo 2º de la Ley 29 de 1904, presentada por el doctor Avelino Manotas". (Gaceta Judicial, Nos. 1700 y 1701, página 35, Tomo XXXIII).

En decisión del 31 de julio de 1929, que versa sobre la acusación que se hizo al artículo 15 del Decreto número 1952, del 2 de diciembre de 1927, dijo la Corte:

"Lo ocurrido dio margen al Procurador de la Nación para pedir lo que en seguida se transcribe:

'Y hoy sucede, además, que el tal Decreto número 1952 de 1927 ya no existe, y menos su artículo 15, porque aquél ha sido sustituído por el Decreto número 532 de veintidós de marzo último, que reproduce algunas disposiciones de aquél, pero que no incluye el memorado artículo, que se reemplaza por otras disposiciones en virtud de las cuales se dispone el cobro del impuesto desde la fecha del nuevo Decreto, que corre publicado en el número

20.756 del Diario Oficial, correspondiente al día veintiocho de marzo del presente año.

Dada esta nueva situación se llega forzosamente a la conclusión de que ya no hay materia sobre la cual recaiga la declaratoria de inexequibilidad pedida por el demandante, porque naturalmente esa declaratoria debe versar sobre leyes o decretos existentes, para anularlos y dejarlos sin eficacia, y ya se ve que mal puede recaer esa declaración sobre lo que no existe ni tiene en el momento eficacia alguna'.

La Corte comparte esta opinión del señor Procurador, pues en verdad el acusado artículo 15 del Decreto 1952 de 1927, que ordenó cobrar el impuesto sobre consumo de gasolina desde el primero de enero de mil novecientos veintiocho, no tiene hoy aplicación posible, porque otro Decreto posterior, el marcado con el número 532, dispone que desde el veintidós de marzo del propio año la tasación, cobro y recaudación del impuesto se siga haciendo de conformidad con sus propias disposiciones y con las de las Leyes 106 y 106 bis. Hay una evidente sustitución del más antiguo por el nuevo, y siendo esto así, no puede el primero considerarse subsistente, en virtud de las reglas que consagra el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, y por consiguiente no puede declararse inexequible.

En cuanto a los efectos que el Decreto citado hubiese obrado, durante la época de su vigencia, contra derechos legítimamente adquiridos, nada puede resolverse en la vía escogida por el demandante. Ese es un punto que compete a los Tribunales de instancia por los trámites comunes, no a la Corte, que en ejercicio de la atribución extraordinaria que le confiere el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, no suelta conflictos de derecho privado". (Gaceta Judicial, número 1.811, Tomo XXXV, página 290).

En fallo fechado el 10 de septiembre de 1940, con voto unánime, dijo la Corte:

"'Carece, pues, de objeto jurídico y práctico que la Honorable Corte se pronuncie —en cualquier sentido que sea— acerca de un Decreto que ya no tiene existencia, que ha dejado de ser el instrumento legal para regular lo relativo a la contramarca de objetos de plata'.

La Corte está en un todo de acuerdo con lo dicho por el señor Procurador General de la Nación, pues como su misión en estos casos es defensora de la integridad de la Constitución, síguese que la indicada función no tiene aplicación sino en presencia de un acto de los Organos Legislativos o Ejecutivos que menoscabe o amenace menoscabar el Estatuto de cuya integridad es depositaria la Corte. Mas para que un acto de aquellos Organos pueda ocasionar el menoscabo de que se habla, es menester que tenga al menos posible cumplimiento, pues lo que no tiene ni puede tener eficacia práctica, ningún detrimento puede acarrear en el hecho, a nadie ni a nada. Esta ha sido doctrina constante de la Corte al respecto. En sentencia del 21 de junio de 1926, se dijo lo siguiente sobre el particular:

'Por esta razón ha decidido la Corte de manera constante que para que haya lugar a fallar sobre la inexequibilidad de un acto acusado, es menester que éste se halle en plena vigencia. Y es que no siendo la decisión sobre inexequibilidad, según la acepción jurídica de este vocablo, otra cosa que la declaración de que el acto sobre que ella versa no puede ejecutarse, tal declaración presupone la vigencia de dicho acto, ya que lo que no está en vigor, por el solo hecho de no estarlo, no es susceptible de ejecución'.

De lo anterior se deduce que habiendo sido incorporado en el Decreto Legislativo número 1434 de 1940, que reglamentó íntegramente la materia, todo lo dispositivo del Decreto acusado, no existe hoy este Decreto, y, por tanto, la función de la Corte no tiene sobre qué ejercerse, por sustracción de materia". (G. J., número 1.959).

En decisión de fecha 5 de diciembre de

1940, también con voto unánime, dijo la Corte:

"Es verdad lo que el señor Procurador manifiesta, por lo cual la Corte reafirma hoy la tesis que ha sostenido varias veces.

Y es que el grave mandato de guardar la integridad de la Constitución, poder obligatorio que reside en la Corte Suprema de Justicia, supone, como es lógico pensarlo, la vida jurídica de la Ley o el Decreto tachado de inconstitucional, puesto que sólo subsistiendo el Decreto o la Ley resulta posible que el acto del Congreso o del Organo Ejecutivo afecte aquella integridad, de donde se desprende el aserto de que si al tiempo de fallar ya no existe el Acto cuya inconstitucionalidad se demandó, carece de toda razón de ser el hecho de que la Corte proceda a decidir si él puede o no cumplirse.

De modo que al cesar la vigencia de los Decretos acusados por fuerza de la derogatoria que contiene el Decreto 1706, de 9 de septiembre de 1940, desaparecieron la materia litigada y el deber que a la Corte le impone el artículo 149 de la Constitución Nacional". (Gaceta Judicial, números 1964 y 1965, página 333).

Por último, en el fallo que la Corte pronunció el 23 de julio del presente año, que aún no ha sido publicado, relativo a la demanda sobre inexequibilidad del Decreto número 1411 de 1737, confirmó, una vez más, la doctrina que ha sostenido al través de tántos años en lo referente al punto de que se trata.

De todo lo expuesto antes se deduce, como necesaria consecuencia, que al momento de fallarse la acción intentada no existe virtualmente, o no tiene vigencia ni operancia o eficacia de ninguna clase el Decreto acusado, por lo cual es indudable que no hay actualmente materia para que la Corte éntre a estudiar si es exequible o inexequible, y, por lo tanto, no es el caso de pronunciar una decisión de fondo.

En armonía con lo dicho y oído el señor Procurador General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena y en uso de la atribución que le concede el artículo 149 de la Carta, se inhibe de conocer de la demanda que se ha venido estudiando, de inexequibilidad del Decreto número 970 de 1942 (abril 15), "por el cual se fija fecha para la instalación de las Asambleas Departamentales", por no haber ya materia sobre qué fallar.

Pásese copia de esta decisión al señor Ministro de Gobierno.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

Campo Elías Aguirre, José Miguel Arango, José M. Blanco Núñez, Manuel Caicedo Arroyo, Aníbal Cardoso Gaitán, Isaías Cepeda, Liborio Escalión, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

Salvamento de voto:

La Corte ha sentado la doctrina, desde hace mucho tiempo, que sostiene que un decreto o una ley, acusados por inconstitucionales, no pueden ser materia de un fallo sobre inexequibilidad o constitucionalidad, cuando han sido derogados, porque entonces no hay materia sujeta al fallo.

Comparto esta doctrina que es muy fundada y respetable, y no se me oculta que el fallo de esta Corte en el cual se inhibe de conocer de la demanda de inexequibilidad del Decreto número 970 de 1942, está respaldado en esa doctrina y en otras razones jurídicas atendibles.

Pero debo manifestar que si una ley o un decreto pierden su entidad, por el hecho de ser derogados, no sucede lo mismo cuando no ha interferido la derogatoria sino que el decreto o la ley han perdido, en sí, su eficacia. Quiere entonces decir que ya no producen efectos, pero que la entidad legal, en sí misma considerada, subsiste aún y entonces sí puede haber materia para el respectivo fallo.

El Decreto 970 de este año, produjo sus efectos y hoy no tiene operancia, pero en mi concepto subsiste como entidad legal y entonces puede ser materia de una acusación y de un fallo.

Dejo así expresado mi punto de vista sobre el particular.

Liborio Escallón

SALVAMENTO DE VOTO

Declara la Corte Suprema de Justicia por medio de la sentencia precedente que no ha lugar a pronunciarse sobre la exequibilidad o inconstitucionalidad del Decreto número 970 del presente año por medio del cual pospuso el Gobierno la reunión de las Asambleas departamentales para el 11 de mayo en vez del 20 de abril que es la fecha fijada por la ley.

El fundamento principal de la inhibitoria aparece expresado en la sentencia así:

"El fin de toda acción de inexequibilidad es el restablecimiento del imperio constitucional, que se considera perturbado por el acto acusado, es decir, evitar que éste se ejecute o se continúe ejecutando, y tal restablecimiento es práctica u objetivamente innecesario, aun suponiéndolo contrario a la Constitución, cuando siendo de carácter **transitorio** dicho acto — como en el caso presente — alcanzó o consumó ya completamente el objeto que perseguía, pues si al tiempo de fallar no están en vigor la Ley o el Decreto acusados, porque hayan sido derogados, o porque hayan llenado íntegramente los fines para que fueron dictados, el orden constitucional, si bien temporalmente quebrantado, se ha restablecido automáticamente, ya que el acto violatorio no tendrá fuerza ni eficacia en lo porvenir, y en tal evento, no persistiendo el menoscabo de la Norma Suprema, el fallo de la Corte no vendría a restablecer el imperio de la Carta y no se cumpliría así la misión que ésta señala. Podría decirse que cualquiera decisión en tales condiciones no se dirigiría a demostrar que el acto acusado **es o no inconstitucional,** sino que **fue inconstitucional,** lo cual tal vez so cabría dentro de las atribuciones de la Corte, ni se ajustaría al objeto que en sí tiene la acción de inexequibilidad".

Me parece equivocada esta argumentación. Desde el año de mil novecientos treinta y cinco hube de sostener, en un salvamento de voto (**Gaceta Judicial** número 1899, página 296) que la Corte debe pronunciarse sobre la inexequibilidad de leyes y decretos, aun en el caso de que hayan sido derogados, si a pesar de la abrogación han llegado a producir efectos que puedan perdurar en el futuro.

Los eminentes Magistrados con quienes tengo la pena de hallarme en discrepancia me perdonarán que repita ahora algunas de las razones propuestas en aquel salvamento de voto, emitido a propósito de un decreto que declaraba eximidas del impuesto de "derechos fluviales" a las empresas explotadoras de petróleo. Se dijo allí lo siguiente:

Podría acontecer, por ejemplo, que un gobierno dictase un decreto abiertamente inconstitucional; que obrando en virtud de tal decreto ejecutase un hecho antijurídico de grande importancia; y que una vez cumplido este hecho — que era el fin para el cual se había dictado el decreto inconstitucional—, se derogue el decreto, cuando haya servido ya al objeto propuesto, cuando haya surtido su efecto, pero antes de que contra él se alcance a presentar la demanda de inexequibilidad.

Como en Colombia los decretos tienen formalmente fuerza de leyes (artículo 12, ley 153 de 1887), mientras ese decreto no sea declarado inexequible, hay que acatarlo, cualesquiera que sean sus vicios; por consiguiente, el acto producido por dicho decreto permanecerá vivo y seguirá produciendo efectos que las autoridades no podrán desconocer y quizá ni invalidar: tal situación antijurídica perdurará si la

Corte insiste en que debe abstenerse de fallar acerca de la inexequibilidad del decreto por haber sido derogado.

Parece inútil insistir sobre cuán grave sería esa consecuencia de la teoría de la Corte.

. . . . . .

La declaración de inexequibilidad de una ley insubsistente podrá o no surtir efectos prácticos; la efectividad de su fallo no le compete a la Corte como guardián de la Constitución: el proceso de inexequibilidad no se mueve por intereses privados ni por miras de carácter patrimonial sino por el interés de orden público de que la Corte defina la cuestión de Derecho Público de si el acto acusado va o no contra la Constitución.

Supóngase aceptada la tesis de que el artículo 8º del decreto 314 de 1920 es inexequible.

Esto querría decir que tal disposición, aunque en su aspecto formal existió, nunca fue, material o esencialmente considerada, una norma jurídica.

Y sin embargo, la inhibitoria de la Corte para declararla inexequible, permite que corran o sigan vigentes los efectos de ese acto.

. . . . . .

De esta manera la inhibición de la Corte para resolver equivale prácticamente a un fallo tácito en el sentido de que el artículo del decreto es exequible.

La Corte, lejos de aceptar esa tesis, ha continuado rehusando fallar en el fondo sobre cuestiones de inexequibilidad cuando a tiempo de sentenciar haya sido abrogada la disposición que se acuse como inconstitucional.

No he manifestado expresamente mi inconformidad con estas nuevas providencias de inhibitoria, teniendo en cuenta principalmente que ellas se han dictado respecto de disposiciones expresamente derogadas y que no dan lugar a efectos ulteriores ni a posibles prestaciones.

Además, esos casos de disposición derogada expresamente, difieren por completo de éste que ahora ha tenido bajo su juicio la Corte. Cuando el Gobierno deroga su propio decreto acusado como inexequible, la derogatoria, que al fin y al cabo es un acto o procedimiento jurídico, restablece el imperio de la Constitución.

Pero, no veo cómo, en el supuesto de que se trate de una ley o decreto inexequibles se restablezca "automáticamente" el imperio de la Constitución por la circunstancia (y cabalmente en virtud de ella) de que la ley o el decreto hayan producido ya sus efectos.

El argumento sugiere la conclusión contraria. Si el acto acusado es inconstitucional, si su expedición y vigencia han roto el imperio de la Carta, esa ruptura del orden jurídico no se repara "automáticamente" por el cumplimiento total de sus efectos.

Un delito rompe el orden jurídico y éste no se restablece automáticamente por la propia consumación del delito lo cual sería absurdo, sino por otro acto jurídico desarrollado en orden inverso cual es el proceso y la sentencia penal.

El orden jurídico roto por el delito no se restablece automáticamente por el fallecimiento de la víctima o por la curación del herido o por la recuperación de los bienes robados.

Aun en estos últimos eventos, favorables para el damnificado, es necesario que el Poder Público por medio de su Organo Judicial restablezca el orden conculcado. Y en el primer ejemplo sería pueril decir que aun cuando el homicida ejecutó un hecho antijurídico el orden se ha restablecido automáticamente porque la víctima ya falleció y no es posible pensar en que el acontecimiento de su muerte se produzca de nuevo.

La tesis sentada en términos tan generales por la Corte en esta sentencia puede ser un grave precedente para la decisión de otros casos de inexequibilidad. Baste pensar en que las leyes de facultades extraordinarias que suelen dictarse en cada legislatura fijan el término de su propia caducidad: por lo general el 19 de

julio siguiente a su expedición. Supóngase una ley de esta clase aprobada por el Congreso en noviembre o diciembre; la acusación contra ella sólo podrá iniciarse o proseguirse después de las vacaciones judiciales; y con el tiempo que se requiere para el trámite y decisión de asuntos de esta categoría no es posible suponer que la Corte dictará sentencias antes del 19 de julio.

Entonces se dirá que habiendo cesado el plazo de las facultades extraordinarias la vigencia de la ley ha caducado; y por más inconstitucional que ella sea, no podrá pronunciarse la Corte sobre el fondo del asunto.

La teoría del restablecimiento automático del orden constitucional por el simple hecho de haber expirado la vigencia de la ley resultaría contradicha en ese caso, por la realidad, pues los decretos que haya dictado el Gobierno (y suelen ser bien numerosos) en virtud de la inconstitucional ley de facultades extraordinarias, estarían pregonando que el imperio o el orden constitucional continúan rotos no obstante "haberse consumado ya completamente el objeto que se perseguía". Mejor dicho: que por eso mismo persiste el quebrantamiento del orden constitucional.

El ejemplo propuesto, que no es inverosímil ni siquera de remota ocurrencia, hace ver cuán deleznable es la teoría del restablecimiento "automático" del orden constitucional.

Y no se diga que para tal evento queda el recurso de acusar los decretos mismos que el Gobierno haya expedido, porque si la inconstitucionalidad de ellos consiste cabalmente en su origen viciado, al sanear éste con la decisión de que ya no es posible declarar inexequible la ley de facultades, los decretos se considerarán intocables también. Se tendrá así una prolongación indefinida del régimen inconstitucional basada en la famosa teoría de que cuando un acto contra la Constitución se ha consumado ya por completo eso mismo restablece "automáticamente" el imperio de la Constitución viciada, elegante paradoja cuya verdad jurídica me ha sido imposible comprender, por lo cual he firmado la sentencia salvando mi voto.

José Antonio Montalvo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ARTURO TAPIAS PILONIETA

Con todo el respeto y acatamiento que me inspiran las opiniones de mis eminentes compañeros de la corte, que adoptaron la decisión anterior, de declararla inhibida para conocer de la demanda de inconstitucionalidad contra el decreto 970 del corriente año por medio del cual el gobierno aplazó la reunión de las Asambleas departamentales, tengo que declarar mi inconformidad con esa actitud, que combatí desde que se propuso en las deliberaciones de la sala. Creo que la corte ha debido avocar en el fondo el estudio de la constitucionalidad del referido decreto, y que al no hacerlo invocando razones que a mi parecer son inaceptables, dejó sin respuesta el interrogante planteado en la demanda, contra lo que le ordena el artículo 179 de la carta.

Yo también he compartido y comparto aún la tesis consagrada en múltiples decisiones de la corte de que derogada una disposición de ley o de decreto, escapa al control constitucional, pues por la insubsistencia de la norma no hay sujeta materia de decisión. Y creo que esta tesis jurisprudencial es correcta aun en los casos, que serán la mayoría, en que se trate de reglas de derecho susceptibles de haber producido efectos de cualquier orden. Una norma derogada carece de existencia jurídica. Y el artículo 149 de la carta le confía a la corte la guarda de la constitución respecto de leyes y decretos vigentes. La corte no es guardián de legislaciones inexistentes, de leyes que fueron, pero que por haber sido derogadas o reemplazadas por otras normas, ya no permiten la declaración de su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que debe versar sobre un ente jurídico actual.

Pero el caso de leyes derogadas o sustituídas es completamente distinto del caso de una disposición destinada a crear un hecho que debe producirse en determinado tiempo, a ejemplo del decreto 970 sobre aplazamiento de las Asambleas.

Cuando la disposición se deroga o se sustituye por otra sucede lo siguiente: si lo que ocurre es mera derogatoria, entonces la situación jurídica o el estado de derecho autorizado, desaparece automáticamente, volviéndose así al estado de derecho anterior; y si la derogatoria está acompañada de nueva norma que reemplace la derogada, el estado de derecho autorizado con la norma derogada también desaparece no para volver a la primitiva situación sino para ser reemplazado por otro distinto estado de derecho.

En ambos eventos el estado de derecho creado por la norma que luégo se deroga o se cambia, ha desaparecido, y así la corte se queda sin uno de los dos extremos con que debe contar — la constitución y el acto — para determinar si hay o no violación constitucional: el estado de derecho actual, consagrado por el acto.

Sucederá lo propio con una disposición destinada a producir determinado efecto en cierto tiempo, como el decreto 970? No. La norma existe. Está en plena vigencia. El estado de derecho o la situación jurídica que ella creó permanece en pie. No ha sido cambiado. Nada importa que el efecto haya tenido plena consumación en el tiempo previsto, y que ese efecto por lo tanto pertenezca al pasado. Eso es secundario en la norma. Para considerarla vigente el juzgador no puede detenerse a considerar si operaron ya los hechos por ella previstos. Lo importante es la norma considerada en sí misma, independientemente de dichos hechos.

Es inaceptable que el solo transcurso del tiempo y la consumación de los he-

chos, tengan la virtud de borrar los pecados que se hayan cometido contra la constitución. Porque a eso equivale la teoría de la corte. Ella dice en efecto que cuando el acto acusado es de carácter transitorio y consuma sus efectos antes de que la justicia dicte su fallo, el orden constitucional que se haya quebrantado, se restaura automáticamente, en razón de que dicho acto no va a seguir obrando en el porvenir. Imposible que yo acepte este postulado, pues supone la hipótesis equivocada de que la violación de las normas requiere siempre un lapso indefinido de tiempo dentro del cual se va lentamente y por etapas infringiéndose el derecho. En materia constitucional ello no es así. La ley o el decreto están o no dentro de la constitución desde el momento en que se promulgan. El acto del desconocimiento de la ley suprema es así instantáneo. Mientras el acto no desaparezca estará contrariando el orden superior establecido. En manera alguna desaparece o se borra por el cumplimiento total del fin perseguido. Se habrán realizado sus efectos. Pero el acto continúa viviendo con el carácter de un ordenamiento obligatorio con entidad jurídica suficiente.

Con la teoría extraña que ahora sienta la sala habrá multitud de leyes y de decretos que van a escapar del control constitucional, sólo porque están destinados a producir efectos en corto plazo. Por este camino los mayores atentados contra la suprema ley reguladora de la vida de la república, de parte del legislador o del gobierno, serán saneados por la acción del tiempo, que a manera de agua lustral tendrá el poder privilegiado de convertir el pecado en virtud. Un gobierno de pronto dicta un decreto dictatorial ordenando suspender la reunión del congreso o clausurándolo por cierto tiempo. Con el criterio del fallo que combato la corte se abstendría de conocer de la respectiva demanda de inconstitucionalidad, con el pretexto de que a la fecha en que decide están consumados los hechos de la suspensión o de la clausura y transcurrido ya el tiempo por el cual fue ordenada tamaña subversión. Como el congreso podrá seguir reunido se restañó la grave herida causada al orden constitucional.

Me parece que lo dicho basta para justificar ampliamente el voto negativo que le dí al fallo de inhibitoria de la corte.

Arturo Tapias Pilonieta.

SALA PLENA EN LO CIVIL

RENUNCIAS A LOS CONTRATOS SOBRE EXPLORACION O EXPLOTACION DE PETROLEOS

La renuncia de los contratos sobre petróleo no puede producir efectos en la forma y oportunidad presentados por el contratista. Tal es la interpretación que da la Corte al artículo 24 de la ley 37 de 1931, pues la única manera de comprobar por parte de un contratista de petróleos que en los terrenos materia del arrendamiento no hay petróleo en cantidad comercial, es conjuntamente la exploración superficial y la perforación con taladro. De esto se deduce que es inadmisible jurídicamente la aserción de ser lícito al contratista renunciar válidamente a la concesión, en el período de exploración o en el de explotación, sin probar que no halló petróleo en cantidad comercial. En suma, si se ha encontrado petróleo en cantidad comercial durante la explotación no puede terminarse el contrato, y si no se ha encontrado petróleo en esa cantidad durante la explotación, y ello se establece por el concesionario, puede éste renunciar al contrato, en las condiciones del artículo 24 de la ley del petróleo.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena en lo Civil — Bogotá, octubre primero de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, en su calidad de personero de la Compañía Petrolera de Bogotá, constituída por escritura número 876 de 1937, Notaría 3ª de Bogotá, demanda a la Nación para que con audiencia de su representante en un juicio ordinario se declare:

"Primero. Que está aceptada por el gobierno la renuncia, hecha por el concesionario, del contrato sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en área submarina de la región de Galerazamba celebrado con el señor Daniel A. del Río, aprobado por la ley ochenta y siete (87) de mil novecientos treinta y ocho (1938) y consignado en la escritura pública número dos mil cincuenta (2050) de veintiocho (28) de julio de mil novecientos treinta y ocho (1938), otorgado en la Notaría 4ª de Bogotá.

"Segundo. Que, en consecuencia, la Nación debe restituír a la Compañía Petrolera de Bogotá, cesionaria del señor Daniel A. del Río, los veinticinco mil pesos ($ 25,000.00) en bonos externos del Banco Agrícola Hipotecario del seis por ciento (6 %) que están consignados en la Tesorería General de la República para garantizar el cumplimiento del contrato en referencia, y cuya consignación consta en documentos de los protocolizados por dicha escritura.

"También demando a la Nación para que en subsidio se declare:

"Primero. Que por efecto de la renuncia hecha por el concesionario, ha termi-

nado el contrato sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional a que se refiere la primera de las peticiones principales.

"Segundo. Que por lo tanto no puede producir efectos jurídicos la resolución dictada por el Ministerio de Minas y Petróleos el trece (13) de agosto de mil novecientos cuarenta (1940) y cuya parte dispositiva dice así: 'Por lo expuesto, el Ministerio de Minas y Petróleos, RESUELVE: no se acepta la renuncia formulada ante el Ministerio de la Economía Nacional, el seis de marzo pasado, por el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra, a nombre y representación de la Compañía Petrolera de Bogotá, cesionaria de don Daniel A. del Río en la llamada concesión de Galerazamba, referente a un globo de tierra ubicado en los municipios de Piojó y Santa Catalina'.

"Tercero. Que, en consecuencia, la Nación debe restituír a la Compañía Petrolera de Bogotá, cesionaria del señor Daniel A. del Río, los veinticinco mil pesos ($ 25,000.00) en bonos externos del Banco Agrícola Hipotecario del seis por ciento (6 %) que están consignados en la Tesorería General de la República para garantizar el cumplimiento del contrato en referencia, y cuya consignación consta en documentos de los protocolizados por dicha escritura.

"Y para el caso de que se considere en la sentencia que tampoco es procedente la primera de estas peticiones subsidiarias, pido que allí se declare:

a) Que por haber cumplido el concesionario con todas sus obligaciones contractuales hasta la fecha de la renuncia, el Gobierno Nacional ha debido aceptar esta renuncia.

b) Que por lo tanto no puede producir efectos jurídicos la Resolución dictada por el Ministerio de Minas y Petróleos el trece (13) de agosto de mil novecientos cuarenta (1940) y cuya parte dispositiva dice así: 'por lo expuesto, el Ministerio de Minas y Petróleos, RESUELVE: no se acepta la renuncia formulada ante el Ministerio de la Economía Nacional, el seis de marzo pasado, por el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra, a nombre y representación de la Compañía Petrolera de Bogotá, cesionaria de don Daniel A. del Río en la llamada concesión de Galerazamba, referente a un globo de tierra ubicado en los municipios de Piojó y Santa Catalina'.

c) Que, en consecuencia, la Nación debe restituír a la Compañía Petrolera de Bogotá, cesionaria del señor Daniel A. del Río, los veinticinco mil pesos..... ($ 25,000.00) en bonos externos del Banco Agrícola Hipotecario del seis por ciento (6 %) que están consignados en la Tesorería General de la República para garantizar el cumplimiento del contrato en referencia, y cuya consignación consta en documentos de los protocolizados por dicha escritura".

"Como hechos se aducen los siguientes:

"1º Entre la Nación y el señor Daniel A. del Río se celebró el contrato sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional que fue aprobado por la ley ochenta y siete (87) de mil novecientos treinta y ocho (1938) y consignado en la escritura pública número dos mil cincuenta (2050) de veintiocho (28) de julio de mil novecientos treinta y ocho (1938), otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá.

"2º Por la cláusula Segunda de este contrato se pactó lo siguiente:

'Este contrato queda regido de manera absoluta e incondicional por todas y cada una de las disposiciones pertinentes de las leyes treinta y siete (37) de mil novecientos treinta y uno (1931) y ciento (100) de mil novecientos treinta y seis (1936) y de los decretos reglamentarios números mil doscientos setenta (1270) y mil trescientos noventa y uno (1391) de mil novecientos treinta y uno (1931) y novecientos cincuenta (950) de mil novecientos treinta y siete (1937), disposiciones que constituyen cláusulas de la presente negociación y se consideran incor-

poradas en ella, quedando íntegramente aceptadas como tales por el Gobierno y por el Contratista sin reserva ni limitación alguna, sometiéndose a todas y a cada una de ellas'.

3º Por escritura número doscientos veintitrés (223) de nueve (9) de febrero de mil novecientos treinta y nueve (1939), pasada en la Notaría Quinta de Bogotá, el señor Daniel A. del Río traspasó a la Compañía Petrolera de Bogotá la concesión mencionada en el punto 1º, precedente, que por comodidad del lenguaje, se denomina en esta demanda "Concesión de Galerazamba".

"4º El Gobierno Nacional, por Resolución ejecutiva del treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos treinta y nueve (1939), aceptó expresamente el traspaso mencionado en el punto anterior.

"5º Esta Resolución fue publicada en el Diario Oficial número 24108.

"6º La propia Resolución fue protocolizada en la Notaría Cuarta de Bogotá en la escritura número 2046 de siete de julio de 1939.

"7º Mediante contrato celebrado con la Texas Petroleum Company, la sociedad a quien represento obtuvo los trabajos de la "Seismograph Service Corporation" con el fin de verificar el estudio geofísico del área materia de la Concesión.

"8º Las mencionadas Compañías iniciaron sus trabajos de exploración científica el primero (1º) de junio de mil novecientos treinta y nueve (1939).

"9º Los trabajos y estudios sobre el terreno terminaron el cinco (5) de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939).

"10º La Compañía demandante pagó a la Texas Petroleum Company la suma de ciento treinta y seis mil trescientos tres pesos, ocho centavos ($ 136,303.08) por los estudios en referencia.

"11º En memorial de seis (6) de marzo de mil novecientos cuarenta (1940), el Gerente de la Compañía Petrolera de Bogotá expresó al Ministerio de la Economía Nacional la voluntad, que tenía esa Compañía, de poner fin a la concesión de Galerazamba, en vista de los resultados de la exploración geológica y geofísica efectuada.

"12º Con este memorial, se enviaron al propio Ministerio: el informe definitivo del geólogo jefe de la Texas Petroleum Company, señor R. S. Breitenstein, los anexos relativos a las exploraciones geológicas y geofísicas efectuadas en el área de la concesión de Galerazamba y los mapas y gráficos auxiliares que ilustran ese informe.

"13. De estos documentos se deduce que dadas las condiciones geológicas del terreno explorado, no se justifica el continuar las exploraciones geológicas y geofísicas ni mucho menos el emprender en perforaciones con taladro en el área de la concesión de Galerazamba y, por lo tanto, que no se halló petróleo en esa región.

"14. En la escritura número mil doscientos dos (1202) de diez y nueve (19) de julio de mil novecientos cuarenta (1940), pasada en la Notaría Quinta de Bogotá, el Gerente de la Compañía Petrolera de Bogotá manifestó, entre otras cosas, lo siguiente: 'TERCERO. Que para los efectos de la aplicación que deba hacerse del artículo sesenta y nueve (69) del Decreto número mil doscientos setenta (1270) de mil novecientos treinta y uno (1931), la Compañía Petrolera de Bogotá, deja testimonio de que ella ha puesto fin al contrato en referencia, lo que se ha hecho incondicionalmente'.

"15º Esta escritura fue debidamente registrada.

"16º Copia auténtica y registrada del mismo instrumento fue presentada al Ministerio de Minas y Petróleos con memorial de veinticuatro (24) de julio de mil novecientos cuarenta.

"17. En este memorial se dijo: 'En relación con la manifestación que, en memorial de fecha 6 de marzo del corriente año, hice a ese Ministerio en nombre de la Compañía Petrolera de Bogotá, para poner fin al contrato sobre exploración y explotación de petróleos nacionales en una

área submarina situada en la región de Galerazamba, contrato que fue aprobado por la ley ochenta y siete (87) de mil novecientos treinta y ocho (1938) y cedido a la mencionada Compañía por el señor Daniel A. del Río, presento a usted con este memorial, para los efectos de la aplicación que pueda hacerse del artículo sesenta y nueve (69) del Decreto mil doscientos setenta (1270) de mil novecientos treinta y uno (1931), copia auténtica y debidamente registrada de la escritura número mil doscientos dos (1202) de diez y nueve (19) de julio de mil novecientos cuarenta (1940), otorgada en la Notaría Quinta (5ª) del circuito de Bogotá, y en consecuencia pido a ese Ministerio que se sirva ordenar la devolución de la caución.

"18º El término para la exploración superficial de que trata el contrato de concesión de Galerazamba vencía el 30 de julio de 1940.

"19º El seis (6) de marzo de mil novecientos cuarenta (1940), la Compañía Petrolera de Bogotá había cumplido con todas las obligaciones que ella tenía según el contrato de concesión de Galerazamba.

"20º Lo mismo era el veinticuatro (24) de julio de mil novecientos cuarenta (1940).

"21º El Ministro de Minas y Petróleos dictó la Resolución de trece (13) de agosto de mil novecientos cuarenta (1940), cuya parte resolutiva se transcribe en lo petitorio de esta demanda.

"22º Esta resolución fue notificada al Gerente de la Compañía Petrolera de Bogotá el catorce (14) de agosto de mil novecientos cuarenta (1940).

"23º El señor Presidente de la República no ha aprobado la mencionada resolución de trece (13) de agosto de mil novecientos cuarenta (1940).

"24º El señor Presidente de la República no ha sido autorizado por ley alguna para delegar en el señor Ministro de Minas y Petróleos las funciones del Gobierno en lo relativo a la terminación de contratos sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional.

"25º El señor Presidente de la República no ha delegado estas funciones en el señor Ministro de Minas y Petróleos.

"26º Dentro de los cuarenta días siguientes al en que se presentó el memorial de veinticuatro (24) de julio de mil novecientos cuarenta (1940) con la escritura de que trata el punto 11º precedente, el Gobierno Nacional, constituído al efecto por el señor Presidente de la República y por el Ministro de Minas y Petróleos, dejó de resolver sobre la renuncia a la concesión de Galerazamba".

En derecho se apoya la demanda en el artículo 1602 del código civil y en disposiciones de las leyes sobre petróleos.

Al contestar el traslado de la demanda el señor Procurador Delegado en lo Civil dijo lo que sigue en relación con los hechos: "Los hechos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º son ciertos. A los hechos 7º, 8º, 9º y 10º no les doy mi asentimiento mientras no se acrediten legalmente. Los hechos 14º, 15º, 16º, 17º y 18º son ciertos. Pero sobre este último hecho es necesario aclarar que el término de que allí se habla es el señalado en el contrato como máximo para el montaje del equipo de perforación que previene su cláusula 4ª, aparte f), y no el término total del período contractual de exploración, porque este término va hasta el 30 de julio de 1941, si no se llegaren a impetrar y obtener prórrogas. El 19º es cierto porque el seis de marzo de 1940, cuando se presentó la renuncia, la Compañía demandante no estaba aún en la obligación de efectuar exploraciones con taladro, desde luego que tenía plazo para montar el equipo correspondiente hasta el 30 de julio siguiente. El 20º es cierto por igual razón. Los hechos: 21º, 22º y 23º, son ciertos. El 24º no es un hecho sino otro concepto falso y equivocado porque, como antes se ha explicado, el Ministerio de Minas y Petróleos sí tiene facultad legal para no aceptar, por sí mismo, la renuncia de una concesión de petróleos. El 25º es cierto, pues no era ne-

cesaria la delegación de que en él se habla. El 26º en parte es cierto y en parte es falso, porque el Ministerio de Minas y Petróleos sí resolvió sobre esta renuncia en el término señalado por el artículo 69 del decreto 1270 de 1931, usando la clara atribución que allí se le confiere".

Propuso además el señor Procurador, en la contestación de la demanda la excepción perentoria de extinción de la acción ejercitada; pero luégo en el comienzo de su alegato de conclusión, dice: "Es tan clara, tan firme, tan invulnerable la tesis del Gobierno sobre la cuestión materia del proceso, que no tiene necesidad de invocar para su defensa la extinción de la acción ejercitada que en forma exceptiva se alegó en la demanda. Entro, pues, de lleno a demostrar en muy pocas palabras la total carencia de fundamento jurídico de las pretensiones de la parte demandante".

Antecedentes

El señor Daniel A. del Río, por medio de apoderado, celebró con el Gobierno Nacional un contrato de exploración y explotación de petróleo en un lote de terrenos baldíos de bajamar en la región de Galerazamba, municipios de Piojó y Santa Catalina de los Departamentos de Atlántico y Bolívar. El convenio se firmó el trece de octubre de 1937.

La ley 87 de 1938 impartió su aprobación al contrato en referencia.

Hacen parte del contrato estas estipulaciones:

Cláusula primera — Objeto del contrato. — El Gobierno entrega al contratista para la exploración y explotación del petróleo nacional y el contratista recibe con tal objeto un lote de terreno de bajamar y los caños y ciénagas situados en los mismos y los bajos marítimos de una península y unos bajíos cubiertos por las aguas del mar, todos los cuales se encuentran en una región situada en jurisdicción de los municipios de Piojó y Santa Catalina de los Departamentos del Atlántico y Bolívar, respectivamente, y los cuales son de propiedad nacional y se encuentran alinderados en la siguiente forma (sigue en el texto del contrato la alinderación).

Cláusula segunda — Régimen legal del contrato.—Este contrato queda regido de manera absoluta e incondicional por todas y cada una de las disposiciones pertinentes de las leyes treinta y siete (37) de mil novecientos treinta y uno (1931) y ciento sesenta (160) de mil novecientos treinta y seis (1936) y de los decretos reglamentarios números mil doscientos setenta (1270) y mil trescientos noventa y uno (1391) de mil novecientos treinta y uno (1931) y novecientos cincuenta (950) de mil novecientos treinta y siete (1937) disposiciones que constituyen cláusulas de la presente negociación y se consideran incorporadas en ella, quedando íntegramente aceptadas como tales por el Gobierno y por el contratista sin reserva ni limitación alguna, sometiéndose a todas y a cada una de ellas.....

Cláusula tercera — Fecha inicial de los plazos. — La fecha para contar los plazos legales de los períodos de exploración y explotación es la del día en que entre en vigencia la ley que apruebe este contrato.

Cláusula cuarta — Instalación del equipo de perforación. — Doce meses antes de vencerse el período inicial de exploración de que trata el artículo cuarto (4º) de la ley ciento sesenta (160) de mil novecientos treinta y seis (1936) el contratista tendrá instalado al menos un equipo completo de perforación, el cual mantendrá ejecutando, con la debida asiduidad y constancia perforaciones en el subsuelo de los terrenos y zonas de mar territoriales materia de este contrato, por todo el resto del período de la exploración, inclusive el de las prórrogas, si las hubiere, con arreglo a lo dispuesto en el mencionado artículo cuarto (4º) de la ley ciento sesenta (160) de mil novecientos treinta y seis.

Aprobado el contrato por la ley, se elevó a escritura pública, la número dos mil cincuenta (2050) de veintiocho (28) de julio de mil novecientos treinta y ocho

(1938), Notaría cuarta de Bogotá, y se publicó en el Diario Oficial del veinticuatro (24) de agosto siguiente.

El señor Daniel A. del Río hizo luégo cesión del contrato, en forma legal, a la Compañía Petrolera de Bogotá, y el traspaso se elevó a escritura pública en el instrumento número doscientos veintitrés (223) de nueve de febrero de 1939, Notaría quinta del circuito de Bogotá.

El diez y nueve de julio de 1940 el señor Gerente de la Compañía Petrolera de Bogotá hizo estas declaraciones por medio de la escritura número 1202 de la Notaría quinta del mismo circuito: Primero. Que por medio de memorial presentado en el Ministerio de la Economía Nacional el seis (6) de marzo de mil novecientos cuarenta (1940), la Compañía Petrolera de Bogotá, le manifiesta que ponía fin al contrato sobre exploración y explotación de petróleo consignado en la escritura número dos mil cincuenta (2050) de veintiocho (28) de julio de mil novecientos treinta y ocho (1938)..... Segundo. Que al poner fin a este contrato, la Compañía Petrolera de Bogotá, comprobó, con los estudios técnicos adjuntos al memorial, que no había hallado petróleo en el área de la concesión. Tercero. Que para los efectos de la aplicación que pueda hacerse del artículo sesenta y nueve (69) del decreto número mil doscientos setenta (1270) de mil novecientos treinta y uno (1931), la Compañía Petrolera de Bogotá deja testimonio de que ella ha puesto fin al contrato en referencia, lo que ha hecho incondicionalmente".

El Ministerio de Minas y Petróleos dictó Resolución el trece de agosto de 1940 sobre la solicitud que la Compañía le había presentado. La decisión fue adversa al deseo del peticionario, y en ella, después de varias razones y motivos, se dice:

"Concretando las ideas anteriores al caso de estudio se tiene que la Compañía Petrolera de Bogotá ha ejecutado trabajos de exploración superficial en una pequeña parte de los terrenos de la concesión y durante un tiempo de sólo cuatro meses, sin que haya emprendido ninguna exploración con taladro. En tales condiciones, se hace necesario concluír que no está probada la improductividad comercial de la concesión, y que, por tanto, no es aceptable la renuncia formulada....." Y termina así: "No se acepta la renuncia formulada ante el Ministerio de la Economía Nacional, el seis de marzo pasado, por el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra a nombre y representación de la Compañía Petrolera de Bogotá, cesionaria de don Daniel A. del Río, en la llamada concesión de Galerazamba, referente a un globo de tierra ubicado en los municipios de Piojó y Santa Catalina".

La demanda que ha dado origen al presente litigio reconoce como antecedentes los que se han enumerado. Las peticiones que en ella se hacen se hallan ya insertas en este fallo. Para concretar el punto de la controversia, sobre la cual produjeron sendos alegatos el señor apoderado del demandante y el señor Procurador Delegado en lo Civil, se hacen en seguida algunas consideraciones.

La controversia ante la Corte

Esta se desenvuelve sobre el derecho que alega tener la Compañía para ponerle fin al contrato de exploración y explotación de petróleos en la forma en que lo hizo, mediante la declaración de renuncia de él, por estimar acreditado el hecho de no haber hallado petróleo en cantidad comercial en la zona del contrato, los dos primeros años del período de exploración; derecho que le niega el apoderado de la Nación en el juicio, considerando que la renuncia de los contratos de petróleo no puede producir efectos en la forma y oportunidad que se hizo por el contratista. La dilucidación de este problema jurídico rueda en torno al significado de varias disposiciones de las leyes y decretos que reglamentan la materia. Esencialmente la cuestión se reduce a deducir de los preceptos de esas leyes y decretos — incor-

porados en los contratos — si el concesionario en este género de convenciones, y en particular el actor en el pleito, están obligados a perforar con taladro en los terrenos de la concesión para demostrar por ese medio que allí no existe petróleo en cantidad comercial, o si esa demostración se puede hacer sin necesidad de perforar en el terreno, con simples estudios e investigaciones superficiales, geológicas y geofísicas.

En la sentencia que hoy dicta también esta Sala Plena en lo Civil de la Corte para ponerle fin al juicio que la Compañía de Petróleos del Carare adelantó contra la Nación, a fin de que se hicieran idénticas declaraciones a las que se han pedido en la presente litis, y sobre un asunto perfectamente análogo, de renuncia de un contrato de exploración y explotación de petróleos, en el período de la exploración, la Corte analiza los principales argumentos que se aducen para sustentar la tesis de la renuncia, así como las razones que obran en el campo opuesto, y en ese fallo la Corte consigna las que la han llevado a negar las peticiones de aquella demanda. Esa exposición, que en seguida se inserta en lo pertinente, le sirva a la Sala para fijar su pensamiento acerca de las alegaciones que por ser comunes a los dos negocios obran en el presente, advirtiendo que más adelante se referirá, en especial, a otros argumentos que presenta el apoderado de la Compañía Petrolera de Bogotá, y por ser especiales de su gestión, requieren un examen separado.

Consideraciones de la Sala

I—Son éstas las consideraciones que aquí reitera la Corte, aplicables al presente negocio, y que corren en el fallo de esta fecha a que se ha hecho alusión:

"La primera (petición) tiene por finalidad que se declare que la Compañía de Petróleos del Carare tiene derecho, en cualquier tiempo, a terminar durante el período de la exploración, el contrato celebrado con el gobierno nacional materia de este litigio y funda su petición en el artículo 24 de la ley 37 de 1931.

El artículo 24 invocado por el demandante, que le concede el derecho de poner fin al contrato, en cualquier tiempo, está regido por una condición, sin el cumplimiento de la cual es imposible ejercitar ese derecho y hacer ese reconocimiento. Para que el demandante pueda poner fin al contrato cuando le venga en gana, es indispensable que compruebe que en el terreno materia del arrendamiento no halló petróleo en cantidad comercial. Esta circunstancia indispensable para ejercitar el derecho consagrado en el artículo 24 citado, que quedó incorporado al contrato de petróleos celebrado por la Compañía demandante, de acuerdo con cláusula expresa consignada en el pacto y aceptada por el contratante sin observación alguna, no la ha comprobado el demandante, como adelante se verá, y faltando esa comprobación no puede ejercitar el derecho consagrado en el artículo 24 de la ley citada, es decir no puede pretender que se ponga fin al contrato de arrendamiento.

Esta disposición del artículo 24 está interpretada, aclarada y refrendada por el artículo 10 del decreto número 1694 de 1939, que así reza:

'Para que se pueda declarar la terminación de un contrato de petróleos durante el lapso de exploración (y éste es el caso actual), inclusive las prórrogas que se hayan concedido, se requiere que el contratista compruebe no haber hallado petróleo en cantidad comercial.

'Si la solicitud para que se le ponga fin al contrato se hace en los diez días anteriores al vencimiento del período de exploración de que se haya gozado, al contratista le bastará comprobar que ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales, especialmente las relacionadas con las perforaciones oportunas y asiduas que debe ejecutar en el subsuelo de los terrenos, y que, sin embargo, no ha encontrado petróleo en cantidad comercial. Pero cuando la solicitud se haga an-

tes de los diez días expresados, el contratista, además de la comprobación anterior, deberá demostrar que técnicamente no se justifica continuar los trabajos de perforación en los distintos sectores del terreno'.

Argúyese que este decreto, aun cuando reglamentario del artículo 24 de la ley 37 de 1931 no tiene aplicación al presente caso porque él es posterior a la fecha de la celebración del respectivo contrato.

La citada disposición del decreto en mención, dictada por el órgano ejecutivo, en virtud de autorización constitucional, regula la aplicación e interpretación de las leyes preexistentes al contrato y sólo cuando esa reglamentación contraría manifiesta y palpablemente la ley que reglamenta, ella carecería de fuerza obligatoria, lo que no sucede en el caso de autos.

Pero suponiendo, por vía de disputa, que ese decreto por ser posterior a la fecha de la celebración del contrato no se aplicara o sirviera para fijar el alcance de las cláusulas contractuales, es lo cierto que el artículo 18, inciso 2º, de la misma ley, quedó, de conformidad con el artículo 4º de la ley 160 de 1936, redactado así:

'Artículo 18. La exploración y explotación de cada área solicitada se pactará en un solo contrato.

'Por exploración se entiende el conjunto de trabajos geológicos superficiales y **los de perforación con taladro** tendientes a averiguar si los terrenos materia de la concesión contienen o no petróleo en cantidades comercialmente explotables'.

Ahora se pregunta: ha comprobado la Compañía que no ha hallado petróleo en cantidad comercial, en los terrenos materia del contrato en litis? La respuesta ha de ser, forzosamente, negativa.

Para saber si en un terreno que se arrienda para la exploración y explotación de petróleos hay o nó aceites en cantidad comerciable, es indispensable, de acuerdo con nuestra legislación positiva, y de conformidad con las opiniones de los técnicos que asesoraron al Gobierno para la redacción y expedición de la ley, no sólo emprender trabajos geológicos superficiales sino que es imprescindible perforar con taladro, operación ésta, que en concepto de los técnicos atrás citados, es la única que puede establecer de manera satisfactoria y científica la existencia o inexistencia de petróleos en el terreno arrendado, ya que la exploración superficial por procedimientos geofísicos, sismográficos u otros semejantes apenas suministrará datos más o menos ciertos sobre yacimientos petrolíferos en el terreno, pero esas exploraciones en manera alguna dan la seguridad de la existencia de petróleos y pueden constituír indicios más o menos serios que inclinen el ánimo del contratista a hacer perforaciones con taladro.

La exploración con taladro no se ha hecho, así lo confiesa el demandante y es un hecho que no se discute en el proceso. Trae a su favor las exploraciones que hizo por medio de trabajos geológicos superficiales y considera que ellos son bastante para demostrar que en el área arrendada no hay petróleo en cantidad comercial.

Los antecedentes de la ley y el texto de ella, tan claro y tan nítido están indicando que los únicos medios que reconoce la ley, para esa comprobación son la exploración superficial y la perforación con taladro, no uno de los dos sino ambos juntos y por eso como lo advierte el señor Procurador 'la conjunción copulativa "y" que se usa al definir la exploración del contrato, tanto en el artículo 18 de la ley 37 de 1931 como en el 4º de la ley 160 de 1936, está indicando la reiterada voluntad del legislador colombiano de que por dicha exploración se entiendan no sólo los trabajos geológicos superficiales sino también los de exploración con taladro o por medio de perforaciones. Si esas disposiciones hubieran empleado, al definir lo que debía entenderse por exploración que se pacta en los contratos, una conjunción disyuntiva "o", por ejemplo, se po-

dría admitir que el concesionario podía cumplir sus obligaciones contractuales de explorador con la sola ejecución de los estudios geológicos superficiales sin que le fuera necesario realizar también las perforaciones'.

De lo expuesto anteriormente, fluye la conclusión ineluctable de que la única manera de comprobar por parte de un contratista de petróleos, que en los terrenos materia del arrendamiento, no hay petróleo en cantidad comerciable es conjuntamente la exploración superficial y la perforación con taladro.

La aplicación del artículo 24 en la forma en que hoy lo hace, por el presente fallo, la Sala Plena en lo Civil, cuadra igualmente con las demás disposiciones que informan la ley 37 de 1931 sobre petróleos, puesto que en ella se ha establecido diferencia entre la exploración superficial técnica hecha por procedimientos geológicos y otros similares y la exploración con taladro. La primera es completamente libre en todo el territorio de la República, y no requiere, para realizarse permiso del Gobierno; la segunda, requiere necesariamente la previa celebración de un contrato con el Gobierno si se trata de petróleos de propiedad nacional o mediante la formalidad de un aviso al dueño del terreno en que se le hace saber dor de que en su suelo se piensan establecer exploraciones con taladro (artículo 15, ley 37 de 1931).

Arguye el demandante que esta interpretación del artículo 24 es a todas luces anómala ya que no se ve la razón para que se obligue al contratista a hacer exploraciones con taladro, antes de vencerse el plazo que le fija el contrato para establecer un equipo completo de perforación seis meses antes de vencerse el período inicial de la exploración, de acuerdo con el artículo 4º de la ley 160 de 1936 en su inciso 5º, porque si sólo está obligado por la ley a instalar un equipo completo de perforación seis meses antes por lo menos de vencerse el período inicial de la exploración ello indica que se le impone la obligación de perforar antes de cumplirse el término que tiene por la ley, para establecer un equipo completo de perforación, condición ésta requerida para que se pueda hacer uso del derecho de poner fin al contrato, de acuerdo con el artículo 24.

El señor Procurador contesta así la objeción, respuesta que prohija la Sala Plena en lo Civil: 'La objeción — como asentada que estaría en un claro sofisma — carece de fuerza impugnatoria, porque la facultad de renunciar a un contrato de petróleos, si bien se puede ejercitar en todo momento, ha de fundarse siempre en la inexistencia de petróleo en cantidades que permitan su explotación económica. Por eso el derecho de renunciar a la concesión, aunque teóricamente ilimitado en el tiempo, está condicionado en la práctica a la comprobación que se haga de que no existen petróleos, para adquirir la cual es necesario la ejecución de los trabajos conducentes a conseguir ese convencimiento pleno. Ahora bien: los trabajos necesarios para llegar a una conclusión verdadera sobre la existencia o inexistencia de petróleos en una determinada estructura, no son otros que los de exploración, pero no de cualquiera exploración, sino la que define el artículo 4º de la ley 160, tantas veces citada. esto es: los geológicos superficiales y los de perforación con taladro tendientes a averiguar si los terrenos materia de la concesión contienen o no petróleos, en cantidad comercialmente explotables'... 'en otros términos: la obligación de iniciar las perforaciones seis meses antes de vencerse el período inicial de la exploración, se estipula para la vida normal del contrato; pero ello es sin perjuicio de que la renuncia presentada con anterioridad al nacimiento de esa obligación se apoye en la prueba inequívoca de que el subsuelo carece de petróleos; y como esa prueba — según opinan los técnicos y según el significado que la ley asigna a la exploración contractual — no puede deducirse solamente de los trabajos geológicos superficiales sino que requie-

re las perforaciones con taladro, resulta inadmisible, por parte del Gobierno, una renuncia si no se ha perforado previamente en el subsuelo a que ella se refiere'.

En último término, y con relación a esta interpretación del artículo 24, el demandante sostiene que se le ha impuesto o echado la carga de la prueba relativa a una obligación o hecho que entraña una negativa de carácter indefinido, y que por consiguiente la Compañía no está en la obligación de comprobar un hecho negativo insusceptible de demostración.

Se observa por la Sala Plena en lo Civil: el artículo 24 en cita impone al contratista la comprobación de no hallar petróleo en cantidad comercial en el terreno de la concesión, para que pueda poner fin al contrato de arrendamiento. Esta condición hace parte y está inserta en el contrato respectivo, aceptada sin observación alguna por el contratista, lo que indica que él consideró cuando se perfeccionó el contrato con el Gobierno Nacional, que podía demostrar que en el terreno de la concesión no había petróleo en cantidad comercial, si pretendía hacer uso del derecho que le otorga el citado artículo 24. Es, pues, extraño que hoy al demandar a la Nación caiga en la cuenta de que contrajo y aceptó la obligación de comprobar un hecho negativo, de negación indefinida, que escapa a toda demostración.

Es de toda evidencia que el demandante se apoya en un supuesto falso al considerar que ese hecho entraña una negación indefinida que no puede comprobarse. No. La locución "no haberse hallado petróleo en cantidad comercial" entraña de por sí sola, o da nacimiento a un hecho positivo cual es saber qué cantidad de galones, que es la medida de los aceites, produjo la perforación con taladro, hecho éste que puede demostrarse de una manera mecánica, por medio del correspondiente equipo de perforación con taladro, y en virtud de esta operación mecánica y fijada la cantidad de petróleo que produce el pozo perforado en una hora o en varias horas, se tendrá la medida indispensable para saber si esa cantidad es o nó cantidad de petróleo comerciable. Precisado el número de galones que produce la perforación del pozo se tiene un dato cierto para discutir y fijar si ese número de galones es o nó **petróleo en cantidad comerciable,** oportunidad ésta que daría ocasión a que de manera definitiva se estableciera qué debe entenderse por **petróleo en cantidad comerciable.**

El hecho positivo de qué números de galones produjo la perforación con taladro en el terreno materia de la concesión, no se ha demostrado por parte del demandante, y en ausencia de esa prueba, es lógico y es jurídico negarle el derecho de poner fin al contrato durante el término de la exploración, y por consiguiente negar la primera petición de la demanda. No podría demostrarse puesto que no cumplió con el medio comprobatorio que para el efecto estaba obligado por la ley y el contrato, como es hacer las perforaciones con taladro".

II—A las observaciones que preceden, aplicables en un todo a los puntos controvertidos en este juicio, hay que agregar otras que suscita el examen de algunas alegaciones del señor apoderado en el presente pleito. Varias de ellas están ya contempladas esencialmente, pero se ven ahora en aspectos distintos, seguridos por el representante del actor.

a) Facultad de terminar el contrato durante la exploración o la explotación.

Con este epígrafe, señalado por la letra d), plantea el alegato del demandante una cuestión que por su importancia merece considerarse de preferencia a las demás.

Habla así el señor abogado:

"El sistema legal vigente que permite al concesionario poner fin al contrato, se prueba, además, con las siguientes obser-

vaciones: El artículo 24 de la ley del petróleo da ese derecho al contratista y le exige como requisito la probanza de no haberse hallado petróleo en cantidad comercial. Será acaso que si se prueba haberse hallado esa cantidad de aceite no puede renunciarse al contrato? Nó. Hallando o no hallando petróleo se puede poner fin a la concesión por parte del contratista. Lo que ocurre es que si ya se halló la cantidad comercial, ha cesado automáticamente el período de exploración y principiado el de explotación, pues, de acuerdo con los incisos 8º y 9º del artículo 4º de la ley 160 de 1936, aunque el plazo de explotación comienza al concluír el de exploración, si el desarrollo de las investigaciones se efectúa de manera normal y termina con el hallazgo del petróleo, sin embargo la explotación puede comenzar "antes de vencerse aquel período". Ahora bien: en la hipótesis de que la explotación comience antes del tiempo previsto, debido al hallazgo fácil y rápido del petróleo en cantidad comercial, ese solo hecho no impide al contratista renunciar a la concesión, pues para darle fin lo autoriza expresamente el inciso 2º del artículo 24 ya citado..... De manera que sea que el contratista pruebe o nó que no halló petróleo en cantidad comercial, en cualquiera de esos eventos, tiene derecho de ponerle fin al contrato; en el primer caso lo será durante la exploración; en el segundo durante la explotación;...."

Es inadmisible jurídicamente, en el parecer de la Corte, la deducción a que llega el señor abogado, de ser lícito al contratista renunciar válidamente a la concesión, en el período de exploración o en el de la explotación, sin probar que no halló petróleo en cantidad comercial.

Como argumento principal para la deducción que se pretende se aduce la consideración de que hallándose o no hallándose petróleo en cantidad comercial, en cualquiera de esas hipótesis, se puede poner fin a la concesión por parte del contratista. Acepta el apoderado, en este punto de su alegato, que "el artículo 24 de la ley del petróleo da ese derecho al contratista (el de ponerle fin al contrato) y le exige como requisito la probanza de no haberse hallado petróleo en cantidad comercial"; pero agrega: "Será acaso que si se prueba haberse hallado esa cantidad de aceite no puede renunciarse al contrato? Nó". Esta afirmación, que presenta como evidente el memorialista y que no la demuestra, es indudablemente infundada, como pasa a verse.

Se apoya, o pretende fundamentarse, en la siguiente parte del artículo 24 de la ley del petróleo: "En cualquier tiempo, durante el período de la explotación, el contratista podrá renunciar a su concesión en todo o en parte, siempre que tenga cumplidas todas las obligaciones del contrato hasta el día de la renuncia y quedando el Gobierno en plena libertad para celebrar con otra persona nuevo contrato sobre los mismos terrenos, en las condiciones de la ley". Disposición que no ha de tomarse aisladamente, sino relacionándola con las demás partes del mismo artículo de la ley y con otros preceptos suyos.

Considerando en su conjunto el artículo 24 ya citado, se tiene:

En cualquier tiempo, durante la exploración, se le pone fin al contrato **por no hallarse petróleo en cantidad comercial.**

En cualquier tiempo, durante la explotación, se puede renunciar al contrato, no se dice por qué motivo, pero parece entendido que **por la misma causa**, que en este caso es la de **no conservarse o mantenerse la producción de petróleo en cantidad comercial.** Así lo imponen estas consideraciones:

a) En la terminación del contrato durante la exploración, **por no haberse hallado petróleo en cantidad comercial**, puede el concesionario retirar las maquinarias y demás elementos que destinó a la exploración y se le devuelve la caución que haya prestado.

b) Cuando el contrato termina por renuncia antes de vencerse los primeros 20 años del período de explotación también puede el contratista retirar sus maquinarias y demás elementos, y se le devuelve la caución.

c) El artículo 25 dispone que terminado el contrato por cualquier causa, salvo lo dispuesto en el 24, es decir, salvo los casos de renuncia, el contratista **dejará en perfecto estado de producción los pozos que en tal época sean productivos**; de donde se infiere que en los casos de renuncia, no está obligado a dejar en buen estado los pozos. Por qué la diferencia? Porque el artículo 25 contempla expresamente la hipótesis de que **existe producción comercial**, y razonablemente prevé lo conducente para que ella pueda continuar.

En cambio, al permitirse el retiro de la maquinaria, en los varios casos de renuncia de que trata el artículo 24, se dice implícitamente que tal cosa se hace porque no hay producción comercial, pues sería absurdo, o descuido inverosímil de la ley, el permitir que cuando existe petróleo comercialmente explotable se acepte que el concesionario destruya las instalaciones hechas para explotarlo.

Como lo expone con propiedad el señor apoderado, cuando se halla petróleo en cantidad comercial, cesa el período de exploración y principia el de explotación. Empezado éste, el régimen del contrato es el que corresponde y regula según la ley, la explotación. Y esta última, cuando se ha hallado petróleo, no es potestativa del concesionario, sino obligatoria. El concesionario debe explotar la concesión. Si no explota, en manera alguna puede decirse que tenga la facultad de **renunciar el contrato**, en tal evento; si no explota, si se niega a cumplir una de sus principales obligaciones, no puede hablarse de **renuncia** del contrato. Lo que entonces ocurre es que la concesión caduca, que el concesionario incurre en una causal de caducidad que no por no haberse enumerado entre los hechos previstos en el artículo 9º de la ley 37 de 1931, es menos cierta y evidente, y menos grave, pues implica el rompimiento del contrato, sin causa, por la sola voluntad de una de las partes. Hecho que prevé y sanciona el artículo 47 de la ley del petróleo cuando dispone: "Artículo 47. El Gobierno, oída la Junta Asesora, podrá declarar la caducidad de cualquier contrato que celebre o cancelar el permiso que conceda, referentes a la industria del petróleo, en cada uno de los casos siguientes:.....
2º **Cuando no se inicie la explotación o** transporte en el plazo fijado para ello en los contratos, **o si una vez iniciadas estas operaciones, se suspendieren por más de ciento veinte días (120) en un año**, sin anuencia del Gobierno". Hay que entender que las dos normas legales, la de renuncia al contrato consignada en el artículo 24, y la de declaración de caducidad, del artículo 47, no son contradictorias. Y lo serían, si con base en el 24 se pudiese renunciar a un contrato cuando hay producción comercial de petróleo; si al propio tiempo el artículo 47 impone, al concesionario, el deber de iniciar la explotación apenas exista aquella producción comercial, y el de no suspenderla una vez iniciada. Es más. La caducidad por no explotar no podría nunca aplicarse, pues el contratista se acogería siempre a lo dispuesto en el artículo 24, manifestando renunciar al contrato. La pretendida renuncia a que se refiere el señor apoderado, no lo es tal, sino la negación o rebeldía al cumplimiento del contrato en una de sus principales estipulaciones, según lo establece el artículo preinserto.

No es pues verdadero el concepto de que "hallándose o no hallándose petróleo se puede poner fin a la concesión por parte del contratista". Si se encuentra petróleo en cantidad comercial, hay que explotar, so pena de la caducidad del contrato, fenómeno diferente a la terminación por renuncia, pues las consecuencias que la caducidad produce son diferentes a las que ocasiona la renuncia de la concesión, cuando ella puede hacerse. El renucian-

te del contrato tiene derecho a retirar sus maquinarias e instalaciones de los terrenos y a obtener la devolución de la garantía otorgada para seguridad del cumplimiento de sus obligaciones. Si el contrato se caduca, el concesionario debe dejar en perfecto estado de producción los pozos que en tal época sean productivos y en buen estado las construcciones y otras propiedades inmuebles ubicadas en el terreno contratado, todo lo cual pasa gratuitamente a poder de la Nación, y no se devuelve la caución. (Artículos 24 y 25 de la ley 37 de 1931).

No existe pues la facultad de terminar el contrato durante la explotación, si se ha encontrado petróleo en cantidad comercial, y si no se ha encontrado petróleo en cantidad comercial durante la exploración, y ello se establece por el concesionario, puede éste renunciar al contrato, en las condiciones del artículo 24 de la ley del petróleo.

Esta conclusión a que llega la Corte se halla de acuerdo con lo que sobre la renuncia del contrato expresó la Comisión del Senado en el informe referente al proyecto que vino a ser la ley 37 de 1931: "Con una modificación aditiva que proponemos (24 del pliego), se otorga al concesionario una ventaja muy atractiva y que en nada perjudica a la Nación: la de renunciar al contrato en cualquier tiempo si no encuentra petróleo o éste se agota hasta hacerse inexplotable comercialmente. En tales circunstancias adversas, la Nación no puede pretender forzar la naturaleza y exigir regalías de un producto que no existe; y cuando el industrial espontáneamente renuncia a la concesión, no es posible dudar de que el negocio es malo; si contra tal presunción alguien considera que es bueno, la Nación queda en libertad para celebrar con él un nuevo contrato que resulte fructuoso para ambas partes". (Código de Hidrocarburos por Manuel A. Alvarado, página 117).

b) La facultad de renunciar al contrato es análoga a la de devolver lotes o porciones del terreno a que él se refiere.

Con base en el examen del artículo 24 de la ley 37 de 1931, del 3º de la ley 160 de 1936 y de los decretos que los reglamentan, el señor abogado presenta este argumento, no contemplado en las consideraciones precedentes, y que tiene por fin demostrar que la renuncia en cuestión la puede hacer el concesionario por su sola voluntad, sin la prueba de no haber hallado petróleo en cantidad comercial. Dice el alegato:

"Permítaseme invocar otro artículo de la ley del petróleo para corroborar mi afirmación de que ella ha querido dejar en manos del contratista la facultad de poner fin al contrato en su totalidad, cuando no ha hallado petróleo, caso en el cual se incluye necesariamente la falta de una estructura favorable a su acumulación, o de sustraer parcialmente del contrato las áreas que no ofrezcan prospectos favorables. Refiérome al último inciso del artículo 3º de la ley 160 de 1936, que modifica el artículo 17 de la ley 37 de 1931, inciso que dice así:

'Todo contratista podrá devolver, previo aviso al Gobierno, a partir del final del segundo año de perfeccionado el contrato, y de año en año, en todo el período de la exploración, lotes no menores de cinco mil (5000) hectáreas, y de longitud que sea aproximadamente dos y media (2½) veces la latitud'.

"A no dudarlo, la devolución de esos lotes implica la cancelación o terminación del contrato en lo referente a los mismos. Ellos dejan de ser objeto del acuerdo de voluntades entre la Nación y el contratista por determinación exclusiva de este último y sin que la ley exija que en ellos se hayan efectuado trabajos de perforación, para justificar su exclusión del régimen contractual a que se hallaban sometidos. Porque es evidente que si en los dos primeros años no es exigible la obligación de perforar y si apenas comenzado el tercero puede el concesionario cancelar parcialmente el contrato sobre la región correspondiente a esas porciones, resulta, puesto que no ha habido

tiempo siquiera de probarlas por medio del taladro, que éste no era necesario para la devolución. Y entiéndase bien que dicha devolución puede referirse a una área crecida, puesto que no ha da ser menor ,de 5,000 hectáreas, y desde luego, puede ser mucho mayor. Nada impide, por ejemplo, que en un contrato relativo a 30,000 hectáreas, el contratista devuelve 15,000 ó 20,000 en las que no haya hecho trabajos de perforación y que la devolución la haga cinco minutos después de comenzar el tercer año del período inicial de exploración.

"No podría el Gobierno negarse a aceptar la devolución de aquellos lotes basándose en que en ellos no ha efectuado el contratista exploraciones con taladro, porque, la ley no exige ese requisito previo; sino que deja la determinación unilateral de devolver los lotes o porciones que quiera al criterio del contratista, formado mediante los estudios hechos durante los dos años iniciales, destinados a perfeccionar la exploración superficial. Y el hecho de que esas áreas queden libres para que el Gobierno pueda celebrar sobre ellas, si lo desea, otro contrato con persona diferente, está diciendo que la ley nunca ha exigido la prueba de la existencia o inexistencia de petróleos, sino la comprobación de que el contratista no halló petróleo, en el área del contrato, en el caso de ponerle fin a éste o en el área parcial de las devoluciones, cuando se trate de excluír determinados lotes, de acuerdo con la disposición transcrita".

Si las premisas que sirven de fundamento a la anterior argumentación fuesen verdaderas, el razocinio sería convincente, y también la conclusión a que llega el memorialista en el punto que ahora se examina. Premisas de su razonamiento son las que "en los dos primeros años (del contrato) no es exigible la obligación de perforar", y la de que la ley no exige el requisito de hacer exploraciones con taladro, para que sea procedente la devolución de lotes o porciones, "sino que deja la determinación unilateral de devolver los lotes o porciones que quiera al criterio del contratista".

En ninguna parte dice la ley que el contratista o concesionario se halle eximido de la obligación de perforar con taladro en los terrenos de la concesión; tal cosa la induce el apoderado de la circunstancia prevista en la ley de que el contratista sólo está obligado a montar en el terreno un equipo de perforación antes de vencerse el primer período de exploración y después de cumplidos dos años a partir del perfeccionamiento del contrato. El contratista está obligado, como se ha visto, a explorar mediante estudios geológicos superficiales y por medio de perforaciones del terreno. Que la ley no exija tener en la concesión antes del vencimiento de los dos primeros años instalado un equipo de perforación, de modo alguno significa que si se trata de demostrar que el concesionario **ha explorado,** en los términos y condiciones previstos en la ley, pueda hacerlo demostrando tan sólo la exploración superficial, ya que la exploración con taladro le es obligatoria; y que si para fines que le interesa se halla en el caso de traer la prueba de **haber explorado** antes del vencimiento de los dos primeros años, pueda relevarse de la obligación de dar la prueba completa, de exploración superficial y de exploración con taladro, solamente por considerar que la ley no le impone el deber de montar el equipo de perforación sino finalizado el segundo año del convenio. Si para fines que importan al concesionario, como el de comprobar su derecho a renunciar el contrato, ha de establecer, como lo exige el artículo 24 de la ley del petróleo, haber cumplido todas sus obligaciones hasta el día de la renuncia, es obvio que debe acreditar su obligación esencial de contratista durante el período de la exploración, o sea la de explorar, y la de haberlo hecho en la forma completa, según se ha subrayado, mediante estudios superficiales del terreno y con la perforación del subsuelo.

Es cierto, como lo anota el señor abo-

gado, que la ley 160 de 1936, en el pasaje del artículo 3º que copia y comenta, no exige, en la liberalidad de sus términos, que para que sea viable la devolución allí prevista, deba haber hecho el concesionario exploraciones con taladro. Pero algunas consideraciones convencen que esa interpretación, así ceñida a lo literal, no es exacta, porque no se compadece con otros preceptos conexos del mismo estatuto, según los cuales la ley no deja la determinación unilateral de devolver los lotes o porciones al criterio del contratista.

Para poner fin al contrato durante la exploración (artículo 24, ley 37 de 1931) hay que comprobar — como se ha visto— que no se ha hallado petróleo en cantidad comercial.

La renuncia, durante el período de explotación, en todo o en parte, es permitida siempre que el contratista **tenga cumplidas todas sus obligaciones.** (Artículo 24, inciso 2º)

Renunciar a la concesión, **en parte,** es lo mismo que **devolver lotes** (artículo 3º, ley 160), que son parte de ella. La renuncia **parcial** del contrato exige el cumplimiento de todas las obligaciones del concesionario. No hay razón alguna para entender que la ley regula de modo distinto el mismo fenómeno: la devolución de lotes, la renuncia parcial del contrato. Claro que la literalidad del texto, si a ella sola hubiese de subordinarse la interpretación, excluye la agregación de un requisito, el del cumplimiento de todas las obligaciones del concesionario hasta el momento de la devolución de los lotes, que no la contiene dicho texto. Sin embargo, se repite, hay motivos suficientes, en el campo de la interpretación jurídica, que imponen entender que ese requisito se halla implícito en la parte de la ley que se comenta, artículo 3º, que trata de la devolución de lotes por el concesionario.

El propio señor memorialista anota la igualdad de los fenómenos regulados en puntos distintos de la ley, el de la devolución de lotes o porciones, y el de la renuncia parcial del contrato. Para mejor ilustrar el hecho, que él esclarece con dos ejemplos sobre renuncias y devolución de lotes, pueden considerarse estos otros dos casos en hipótesis: 1º En un contrato por 50,000 se devuelven lotes por 45,000; 2º En un contrato por 200,000 hectáreas se devuelven 195,000. Quedarían 5,000 hectáreas, mínimum legal permitido para que se entienda que el contrato subsiste. Si se toma la vía de la renuncia, llamándola tal, el concesionario, al renunciar parcialmente a su contrato — que es el caso de los ejemplos — está obligado a demostrar que ha cumplido todas sus obligaciones y por lo mismo que ha explorado superficialmente y con taladro. Si se toma la vía legal de la devolución de lotes, manteniendo el contrato, hipótesis que comprende exactamente el mismo hecho, no deberá el contratista demostrar también que ha cumplido con todas sus obligaciones para que la devolución de lotes o porciones le sea aceptada?

Si no hubiese una calificación expresa, que sí la hay, por un mismo término, **renuncia parcial,** de los dos fenómenos que se contemplan, el de la renuncia parcial y el de la devolución de lotes cuando se conserva una parte del contrato, la igualdad de los casos estaría reclamando idéntica consideración desde el punto de vista jurídico, y que se aplicara, por tanto, a la devolución de lotes el régimen de la renuncia parcial del contrato. En ello el intérprete de la ley no haría otra cosa que coordinar y armonizar sus mandatos para hacerles producir resultados armónicos entre sí a varias disposiciones que preven hechos constituídos por circunstancias perfectamente idénticas. Afortunadamente, para fijar una interpretación de la ley en el punto de que se trata, no es necesario recurrir a esa comparación natural en el campo de los principios que informan sus normas, pues como ésta en su artículo 24 define y regula la **renuncia parcial del contrato,** sin llamarla devolución de lotes, no se requiere esfuerzo de interpretación para llegar al convenci-

miento de que ese precepto rige también **la renuncia parcial del contrato** constituída por la devolución de porciones del área a que él se refiere.

Agréguese a lo dicho en el punto de la devolución de lotes esta consideración. El concesionario recibe los terrenos del contrato **para explorar y explotar.** Cómo sea esa exploración, ya lo ha dicho el artículo 16 de la ley 37: "Toda persona natural o jurídica puede presentar propuestas **para contratar la exploración con taladro** y **la explotación** de petróleo de propiedad nacional". Aunque, según lo observa el señor abogado, en los contratos estén incluídas obligaciones tocantes con la exploración superficial de las tierras, y hasta su levantamiento topográfico, es innegable que la esencial obligación del concesionario es la que se prevé en el artículo 16 y que resulta de **"contratar la exploración con taladro y la explotación".** A esa previsión legal se subordinan todas las demás estipulaciones de la misma ley y de los contratos, relacionadas con el contenido de los términos que tratan de la exploración a que queda obligado un contratista de petróleos con el Estado. Habiéndose dicho en esa disposición que las propuestas se hacen **para contratar la exploración con taladro y la explotación de petróleo,** y celebrándose los contratos para los mismos objetos, llamados así por la propia ley, **de exploración y explotación,** es apenas natural que cuandoquiera que en la ley o en los contratos se emplean estos términos en su sentido general, sin limitación a un género especial de exploraciones, deba entenderse que **la exploración** es aquella que previó la ley para que sobre ella se hiciesen contratos, o sea **"la exploración con taladro".**

Volviendo sobre la devolución de lotes, se repite: el concesionario recibe los terrenos para explorar y explotar; la exploración, contractualmente pactada, es la exploración con taladro; si se devuelven lotes será porque no sirven para los fines del contrato, para explotar petróleo en ellos; la improductividad petrolífera de las tierras no puede resultar sino de la exploración técnicamente hecha, que se confunde con la exploración con taladro, requerida por los mandatos de la ley. Esta consideración, de que la improductividad de las tierras no puede acreditarse, con probalididades de acierto, sino mediante la exploración con taladro, si verdadera para la exploración, es más evidente y válida aún respecto a la explotación: se devuelven lotes o porciones por no ser aptos para la explotación. Y la evidencia más fundada sobre esa circunstancia, de su improductividad, no puede resultar sino de las perforaciones en el terreno.

Así, pues, por las razones vistas, la devolución de lotes o porciones del terreno correspondiente a un contrato no la puede hacer el concesionario a su sola voluntad, sino previa la demostración de no haber hallado petróleo en cantidad comercial dentro del lote que devuelve; así como el contratista que renuncia parcialmente a su contrato debe hacer idéntica demostración.

Y de esta suerte, la segunda de las premisas sobre las cuales construye su argumento el señor abogado, de que pudiéndose hacer la devolución de lotes sin tenerse que acreditar más que la exploración superficial, es decir, sin necesidad de perforar con taladro en el subsuelo, no habría razón para exigir condiciones o requisitos distintos respecto a la renuncia del contrato, y por ende, que ésta es viable legalmente sin necesidad de perforar. Como la devolución de lotes, por lo que se ha dicho, requiere la previa exploración con taladro, desaparece la base del razonamiento con el cual se pretendía inferir que la renuncia de los contratos de petróleos puede hacerse sin demostrar previamente por medio de perforaciones en el terreno, que no se ha hallado petróleo en cantidad comercial.

Para terminar sus anotaciones la Sala, en el punto que viene tratándose, observa que las leyes hay que tomarlas en su conjunto, interpretando, si es necesario, unas

disposiciones por otras, sin olvidarse de la relación entre unos preceptos y los demás, ya que el legislador — hay que suponerlo así — hace una obra armónica y no contradictoria. La disposición del artículo 3º de la ley 160 de 1936, que trata de la devolución de lotes, repitió exactamente lo que acerca de esto dispuso la ley 37 de 1931, la que a su vez contiene el mandato ya examinado de su artículo 24, referente a las condiciones y requisitos para la renuncia de los contratos. Así, pues, no se acude a leyes distintas, sino a la propia ley, cuando se deduce la relación que la Corte encuentra entre lo preceptuado en los artículos 17 y 24 de la ley 37 de 1931 sobre devolución de lotes y renuncia de las concesiones.

Finalmente, quiere distinguir el señor abogado entre la comprobación de que el contratista no ha hallado petróleo y la obligación de hacer exploraciones con taladro. No es preciso extenderse en razonamientos para que aparezca que el distingo es infundado, pues para demostrar que se ha hallado o que no se ha hallado petróleo en cantidad exige la ley, y lo respalda sí la técnica que se explore como ella lo ordena, por medio de perforaciones en el subsuelo (artículo 16).

c) Los estudios geológicos y geofísicos en el área del contrato. — El dictamen de los peritos.

En los hechos 12 y 13 de la demanda se expresa: "12. Con ese memorial se presentaron al Ministerio los informes técnicos, anexos, mapas y gráficos auxiliares relativos a las exploraciones geológicas y geofísicas en la zona de la concesión.

"13. De esos documentos se deduce que no se justificaba continuar las exploraciones geológicas y geofísicas y mucho menos perforaciones con taladro en el área de la concesión de Galerazamba y **por lo tanto no se halló petróleo en esa región**". (Subraya la Sala).

Sobre la calidad de los trabajos geológicos y geofísicos presentados por el contratista emitieron concepto en el presente juicio los peritos designados por las partes a ese propósito, R. P. Jesús Emilio Ramírez S. J. y doctor Jorge A. Perry. A través de la opinión de estos expertos ha de formar su concepto la Sala en el particular.

Acerca de la exploración geológica los señores peritos traen estos puntos de vista generales:

"En el método geológico se procede por etapas sucesivas, la primera de las cuales consiste en un reconocimiento preliminar de la región, en el que se determinan las características geológicas generales y más destacadas de toda el área. Rara vez los resultados de este reconocimiento general son suficientes para señalar con certidumbre un probable yacimiento y localizar los sitios para las primeras perforaciones. Por lo regular son necesarios ulteriores trabajos locales de estudio geológico más adelantado y preciso que constituye la segunda etapa, y en los cuales se examina a espacio y pormenorizadamente las secciones que el primer reconocimiento ha indicado como interesantes. Indudablemente la exploración geológica superficiaria es uno de los métodos de prospección menos costosos, pero es natural que su aplicación está restringida a las áreas en que los afloramientos permiten observar y recoger las evidencias geológicas necesarias. Desafortunadamente en las regiones de perspectivas petrolíferas, estas áreas son relativamente reducidas. Las extensas áreas sedimentarias de indefinidas pero posibles perspectivas petrolíferas en que son escasos e insignificantes los afloramientos o en que éstos faltan por completo no ofrecen al examen geológico superficiario elementos de trabajo. Para obtenerlos es preciso recurrir entonces a la reacción de afloramientos artificiales por medio de excavaciones y fosos...."

Respecto a los trabajos geológicos hechos por el contratista, dice el dictamen:

"El trabajo geológico efectuado comprende un reconocimiento y estudio superficiario regional de toda la extensa área norte-occidental de los Departamen-

tos del Atlántico y Bolívar, que abarca principalmente la sección situada al norte de la carretera de Magangué a Tolú... La exploración geológica superficiaria se llevó a cabo en el terreno por profesionales especialistas muy bien reputados.... Estos resultados de la exploración geológica superficiaria, que complicaron en vez de aclarar el problema de determinar el sitio apropiado para una perforación de prueba, y la circunstancia de que la mayor parte de la concesión se halla cubierta por las aguas del mar, señalaron claramente la necesidad de recurrir a los métodos geofísicos para tratar de obtener la orientación técnica requerida al efecto".

Sobre el sistema de exploración geofísica dicen los peritos:

"Las fatales y prácticamente insalvables limitaciones a que están sujetos en su aplicación y alcance los métodos de exploración geológica del petróleo, hicieron surgir la necesidad de buscar nuevos medios para examinar indirectamente la conformación y composición del subsuelo y en esto se origina la aplicación de la ciencia geofísica a la exploración del petróleo. La exploración geofísica en general tal como la define Heiland (ver página 3ª) es el examen del subsuelo en busca de depósitos minerales y de estructuras geológicas superficiarias, mediante la mensura de ciertas cantidades físicas, hecha desde la superficie. Un gran número de minerales poseen destacadas propiedades físicas cuyos diferentes efectos pueden ser descubiertos, captados y diferenciados a distancia, sobre todo cuando las masas minerales están concentradas o acumuladas en depósitos de apreciable magnitud. Las principales de esas propiedades físicas son la densidad, el magnetismo, la elasticidad y la conductibilidad eléctrica. El registro sistemático de esas propiedades o mejor de sus efectos, relacionado con la diferenciación específica de las mismas para los diversos cuerpos minerales, permite determinar a distancia la presencia de varios de estos cuerpos dentro de una masa compleja terrestre mediante los pronunciados efectos (anomalías) que producen en el registro. En el petróleo desafortunadamente ninguna de las mencionadas propiedades físicas — excepción hecha de la conductibilidad eléctrica — se manifiestan a distancia en forma tal que sea posible su diferenciación e identificación a través de la espesa cubierta de rocas que regularmente lo ocultan; pero la posición y conformación estructural de las rocas y estratos que comúnmente lo contienen o acompañan si puede inferirse del efecto de tales propiedades, y por ello el campo propio de la prospección geofísica, en tratándose del petróleo, se concreta a la determinación de las probables estructuras favorables, deducidas de hechos o factores naturales asociados a ellas y de fenómenos físicos que puedan revelar su presencia. Los métodos geofísicos de exploración se dividen, por la naturaleza de los principios o propiedades físicas que utilizan en magnéticos, gravimétricos, eléctricos y sismológicos que se han llamado mayores y los menores que incluyen el radioactivo, el geoquímico y otros de más reducida aplicación".

Acerca de los estudios geofísicos hechos en Galerazamba, que fueron encomendados por el concesionario a la Seismograph Service Corporation de Tulsa-Oklahoma, el dictamen pericial declara:

"El trabajo sismográfico cubre prácticamente toda el área de la concesión en tierra firme y además algunas pocas reflexiones pudieron localizarse dentro del mar a corta distancia de la costa. Aunque dice Mr. Aldredge en su informe ya citado, se tuvo en un principio el propósito de extender el trabajo sismográfico al área cubierta por el mar, que es la mayor parte de la concesión, sin embargo esto se encontró impracticable debido a las condiciones prevalecientes en el mar de esa región cuya "fuerte y continua marejada" hace imposible el uso del sismógrafo. De la compendiada descripción an-

terior se ve que el concesionario empleó en la prospección técnica de la concesión petrolera de Galerazamba tanto los procedimientos que proporcionan el método de investigación geológica superficiaria como los más avanzados de que dispone el método sismográfico, el más efectivo que actualmente ofrece la geofísica aplicada. Que estos procedimientos son adecuados y se usan ampliamente en la industria como previos para determinar si debe o no efectuarse la exploración con taladro, se deduce claramente de la revista sintética hecha en el aparte A) de este capítulo, sobre los métodos de que se vale la prospección técnica para el petróleo, sobre sus aplicaciones y sobre la razón y objeto de la prospección. Allí se hace ver que la técnica de la industria ha desarrollado e impuesto el empleo de estos procedimientos, precisamente para descubrir las expectativas que pueda tener un terreno dado de contener petróleo y determinar de antemano si se justifica o nó emprender en él la exploración con taladro.

Todas las razones, explicaciones, consideraciones y deducciones que hemos consignado a lo largo de la anterior exposición, en la que hemos examinado a espacio los asuntos que entraña el primer punto del cuestionario que se nos ha sometido, fundamentan y respaldan plenamente estas dos afirmaciones: 1º) Los procedimientos que se emplearon por cuenta del contratista en la exploración de la concesión de Galerazamba, son reputados y aceptados por la técnica del petróleo como de los más adecuados para determinar si debe o no efectuarse la exploración con taladro; 2º Esos procedimientos son de aplicación usual previa en la industria petrolera para el mencionado fin. Los procedimientos empleados por cuenta del contratista para buscar el petróleo son adecuados para determinar si debe o no efectuarse la exploración con taladro y son de los que con más frecuencia usa la industria como previos, para el mismo fin.....

Por lo tanto, basándonos en la historia y fines de la concesión, en el interés obvio del concesionario y en la naturaleza de los estudios y trabajos de exploración que se llevaron a cabo por su cuenta, debemos concluír que el contratista sí buscó petróleo en la concesión de Galerazamba..... En resumen, en vista de los resultados negativos que según los informes y documentos técnicos presentados por el contratista, se obtuvieron en la exploración geológica y sismográfica del área de Galerazamba y como consecuencia de lo expuesto anteriormente, concluímos que el contratista no halló petróleo".

En la ampliación de su dictamen los peritos dijeron:

"Principiando por la consecuencia final de esta cuestión es preciso anotar que en parte alguna de los estudios y de los informes presentados por la Compañía, ni de dictamen rendido por los suscritos peritos figura la deducción o declaración, mucho menos con el carácter de segura, de que toda o siquiera una porción de la concesión sea improductiva. Por el contrario, en varios pasajes del dictamen se fija con precisión el alcance natural y obvio de los métodos y procedimientos de prospección usados y se expresa claramente que por medio de ellos no es posible llegar a concluír con seguridad — aunque den resultados negativos—que el área en que se apliquen sea improductiva, es decir, que no puede producir petróleo".

Las investigaciones geológicas y geofísicas llevadas a cabo en el área de la concesión, según aparece del concepto de los expertos producido durante el juicio, son de la clase de las que generalmente se emplean y que aconseja la técnica moderna en orden a establecer deducciones sobre la productividad petrolífera en las zonas examinadas.

Los estudios sismográficos comprendieron apenas una pequeña parte del área del contrato, pues como lo advierten los peritos, las dificultades locales, resultantes de las condiciones del mar, no permitieron el funcionamiento de los aparatos

de observación. Con todo, con base en las anotaciones de este género hechas en la parte de tierra firme perteneciente al contrato, anotan los peritos ser ellas bastantes para fundamentar las conclusiones a que se llegó en los estudios hechos por la Seismograph Service Corporation. No quiere la Corte discutir aquella deducción pericial, pero observa que los estudios sismográficos se efectuaron con notorias dificultades, como lo declara la propia Compañía a cuyo cargo estuvieron tales investigaciones; y esto da base para pensar que acaso esas dificultades pudieron influír en la calidad del estudio realizado, en cuanto a la extensión pequeña del área del contrato que abarcaron directamente y por lo que mira a la seguridad y firmeza en las conclusiones a que en esa exploración se llegó.

Mas nó necesita la Corte analizar los estudios geofísicos realizados, desde el punto de vista de la técnica y de sus resultados prácticos y definitivos, sino que el propio dictamen pericial demuestra que si bien las investigaciones geológicas y geofísicas, en el área de la concesión, se llevaron a efecto por los procedimientos más aconsejados por la técnica, y que trabajos de este género son los que usa la industria como previos para buscar petróleo, sin embargo tales estudios son tan sólo superficiales y nó los de perforación con taladro, que por lo que se ha visto en otras partes de este fallo, son los que exige la legislación colombiana a los concesionarios que pactan con el Estado la exploración y la explotación de petróleos.

Admitiéndose como indiscutible que las exploraciones geológicas y geofísicas sirviesen para determinar con seguridad que en un terreno dado no deben hacerse perforaciones con taladro, porque ellas serían estériles y por lo mismo antieconómicas, tal deducción o aporte de la técnica contemporánea debería llevarse al estatuto legal del petróleo, para establecer una exoneración a favor de los contratistas de petróleos, de explorar con taladro en las tierras comprendidas en sus contratos. No puede la Corte, aun en el caso de que sea verdad incontrovertida la de la eficacia de las exploraciones sismográficas para determinar si debe o nó explorarse con taladro, admitir, por esta sola consideración, que en el régimen jurídico de las concesiones petrolíferas con la Nación puedan los concesionarios relevarse de la obligación de buscar el petróleo por medio de perforaciones en el subsuelo. Las consideraciones ya hechas por la Sala demuestran que el contratista está obligado a realizar la exploración por medio del taladro. En el presente asunto, sujeto al fallo de la Corte, ocurre lo que se contempla como posible, en general, a saber, que los estudios superficiales pueden llegar a constituír un fundamento serio para que no se hagan exploraciones con perforación en el área del contrato. Sin embargo, ha de aplicarse la ley que impone este género de exploraciones, y declarar por lo mismo, que el concesionario, por no haber cumplido totalmente las obligaciones a su cargo, no puede ejercitar el derecho de renunciar al contrato, consagrado en el artículo 24 de la ley del petróleo.

Al llegar a esta conclusión última, que acaso pudiera motejarse de ser rigurosa aplicación de la ley, sin consideración a los indicativos de la técnica en esta industria, y contraria a los intereses económicos de la misma, recuerda la Corte como es éste precisamente el criterio de seriedad, y tal vez de severidad, que inspiró la reforma de la legislación de petróleos operada en Colombia por las leyes 37 de 1931 y 160 de 1936, en relación con las disposiciones consignadas en leyes anteriores, particularmente la 120 de 1919. En el régimen anterior a esta reforma, los contratistas con el Estado tenían que desarrollar un esfuerzo mínimo, comparado con el que se exige a los mismos en las leyes nuevas, para obtener un contrato de la Nación y para conservarlo. Son hoy numerosísimas las disposiciones que hacen más costosos estos contratos para

los concesionarios, obligándolos a invertir sumas cuantiosas en los trabajos correspondientes y a hacer determinado número de perforaciones en cada año. El propio concesionario de Galerazamba está obligado, entre otras estipulaciones que consagra su convenio, a invertir en el área correspondiente, principiado el período de explotación, una suma mínima de cuarenta pesos ($ 40.00) mensuales por hectárea en cada cinco años de la primera década del contrato, inversión que, según lo dispuesto en el artículo 64 del Decreto número 1270 de 1937, no podrá ser en ningún caso inferior a $ 500,000. Estas y otras disposiciones que imponen gastos a los concesionarios, no se justifican tal vez económicamente, pero sí por el interés, que la ley persigue, de darle seriedad a los convenios y de asegurar la efectividad de los trabajos de exploración y explotación.

Las péticiones principales y subsidiarias de la demanda tienen todas como base el derecho que considera existente a su favor el contratista, de poder renunciar al convenio en la forma y oportunidad en que lo hizo, por manifestación dirigida al Ministerio del ramo y por declaración consignada en la escritura número mil doscientos dos (1202) del diez y nueve (19) de julio de mil novecientos cuarenta (1940), de la notaría 5ª de Bogotá. Por haberse llegado en esta sentencia a concluír que el concesionario carece de ese derecho, ninguna de las peticiones del libelo prospera

Fallo

La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega las peticiones de la demanda y absuelve a la Nación de las obligaciones que a su cargo se pretendió deducir en el juicio.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

José Miguel Arango — José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Arturo Tapias Pilonieta — Pedro L. Rincón, Srio. ppdad.

ACCION PETITORIA DE INTERPRETACIO N DE UNA CLAUSULA DE UN CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL GOBIERNO Y LAS COMPAÑIAS DEMANDADAS. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 8º DE LA LEY 37 DE 1931. — SE DECLARA PROBADA .. UNA EXCEPCION PERENTORIA ..

1. La Sala Plena en lo Civil de la Corte Suprema tiene competencia privativa para conocer de los juicios a que se refiere el artículo 8º de la Ley 37 de 1931, entre los cuales se comprende claramente el que tenga por objeto fijar la interpretación que deba darse a determinada cláusula de un contrato sobre explotaciones petrolíferas. 2. De acuerdo con ese artículo los juicios a que él se refiere sólo pueden ventilarse entre los contratantes y a petición de uno de ellos. Los terceros extraños a esos contratos no tienen la acción correspondiente, ni, por lo mismo, la personería sustantiva necesaria para incoar tales juicios. Si los contratos a que alude el artículo citado perjudican derechos de terceros, éstos pueden hacerlos valer por los medios ordinarios que establece la ley, ante las autoridades competentes al efecto, pero no ejercitando una acción especial que el precepto legal citado, de acuerdo con los principios generales de derecho, ha establecido únicamente para los contratantes.

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

El doctor Luis E. Amaya, obrando como apoderado especial del Departamento de Cundinamarca, en virtud de contrato celebrado al efecto, presentó ante la Corte (Sala Plena en lo Civil), el diez y nueve de mayo del año pasado, demanda ordinaria contra la Nación, representada por el señor Procurador General, y contra las sociedades denominadas Colombian Petroleum Company y South American Gulf Oil Company, domiciliadas en esta ciudad y representadas por el señor Clifford F. Cornell, mayor y vecino de esta ciudad, y pidió que previos los trámites del correspondiente juicio ordinario se hagan por sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

"**Primera.** Que el impuesto de registro y anotación, o derecho de registro que establecen los ordinales L) y Ll) del artículo primero (1º) de la Ley 52 de 1920 y que grava la constitución de sociedades civiles y de comercio en el país y el aumento de capital de tales sociedades, y que se liquida sobre la base del capital nominal aportado en el primer caso y sobre la base del capital materia del aumento en el segundo, no está comprendido en los términos de la exención de impuestos que a favor de las compañías concesionarias consagra la cláusula XIII del contrato de fecha tres (3) de marzo de mil novecientos treinta y uno (1931), celebrado entre el Gobierno Nacional y las compañías denominadas Colombian Petroleum Company y South American Gulf Oil Company, que fue aprobado por la Ley ochenta (80) del mismo año, la cual cláusula tan solo estipula la exención de los impuestos en ella determinados, en relación, únicamente, con los materiales, maquinarias y elementos de trabajo que sean importados por las compañías contratantes para los efectos allí indicados, y también en relación con el petróleo que dichas compañías produzcan por virtud de ese contrato; y

"Segunda. Que el impuesto que se reconoció y liquidó a cargo de la Colombian Petroleum Company por concepto de derechos de registro no pagados sobre la constitución de dicha compañía en Colombia y sobre aumento de capital de la misma, mediante Resolución número cuarenta y siete (47), de fecha junio once (11) de mil novecientos treinta y ocho (1938), expedida por la Recaudación del Impuesto de Registro y Anotación del Circuito de Bogotá, no está comprendido en la exención de impuestos que a favor de esta compañía y de la South American Gulf Oil Company consagra la cláusula XIII del contrato de concesión de que se ha hecho mérito, que fue aprobado por la Ley 80 de 1931".

El demandante pidió, además, que se condenara en costas a las compañías demandadas.

Los hechos fundamentales de la demanda pueden sintetizarse así:

La Colombian Petroleum Company, al nacionalizarse en Colombia, o sea al constituír la correspondiente sucursal en esta ciudad, de conformidad con lo ordenado en el artículo 8º de la Ley 37 de 1931, y al elevar el capital de que puede disponer en Colombia, no pagó el impuesto de registro y anotación que establecen los ordinales L) y Ll) del artículo 1º de la Ley 52 de 1920.

Debido a ello el Recaudador de dicho impuesto dictó la Resolución número 47, del 11 de junio de 1938, por medio de la cual hizo la respectiva liquidación y ordenó cobrar su valor a la expresada compañía.

No habiendo ésta hecho el pago, el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales inició el correspondiente juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva.

Considerando la compañía demandada que no debía ese impuesto, propuso varias excepciones y el asunto pasó entonces al conocimiento del Tribunal Superior de este Distrito Judicial.

Entre tales excepciones la compañía demandada propuso la siguiente:

"No existe la obligación de la Colombian Petroleum Company de pagar el impuesto mencionado, por razón de la exención que a favor de esa compañía establece la cláusula XIII del contrato con el Gobierno Nacional aprobado por la Ley 80 de 1931. La compañía sostiene que en virtud de esa estipulación ella goza de una exención general de impuestos que comprende el de registro, exención que se le otorgó contractualmente a cambio de otras prestaciones.

Pero si no se aceptara la inexistencia de la obligación, por lo menos sería forzoso admitir que no ha nacido el derecho del Departamento para hacer efectivo ejecutivamente el cobro, siendo por tanto prematuros e ineficaces así la acción ejecutiva como el mandamiento de pago, y prematuros también el reconocimiento y la liquidación que se han hecho. No se trata de una obligación expresa, clara y exigible; se trata de algo que es, cuando menos, discutible, de algo que el Estado no puede exigir sin que antes se defina el alcance de una estipulación contractual sinalagmática, cosa que requiere una decisión previa a falta de acuerdo entre las partes contratantes".

El Tribunal, por sentencia de fecha quince de julio de mil novecientos cuarenta, declaró no probadas las excepciones propuestas por la compañía y ordenó llevar adelante la ejecución.

De ese fallo apeló la compañía para ante la Corte, Sala de Negocios Generales, y allí se revocó por sentencia fechada el diez y ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, y se declaró "fundada la excepción de petición antes de tiempo".

En lo relativo a la excepción propuesta por la compañía demandada, que acaba de copiarse, la Sala de Negocios Generales de la Corte dijo:

"Para la Sala la cláusula que se discute (la XIII del contrato de concesión) no es suficientemente clara. Habrá, pues, qué interpretarla, que consultar su espíritu. Lo corrobora el hecho de que las partes están completamente desacordes en el modo de entenderla. Como no se ha traído a los autos la prueba de que la Corte se

hubiese pronunciado en la forma que dice el personero de la parte demandante, no se tendrá en cuenta su afirmación.

La Sala de Negocios Generales no podría, sin quebrantar normas de competencia, entrar, para poner término a este incidente de excepciones, a fijar el verdadero sentido de la cláusula que motiva las encontradas opiniones. La interpretación que corresponde debe hacerla la Corte, pero por medio de otro de sus órganos, de otra Sala. Habrá, pues, que esperar a que por medio del órgano correspondiente de la Corte se desate la controversia que sostienen antagónicas tesis en relación con el impuesto que se trata de hacer efectivo. Desde este punto de vista lo que resulta no es la inexistencia de la obligación sino un cobro prematuro, lo que da base a otra excepción, la de petición antes de tiempo".

Considera, además, el demandante que en virtud y por fuerza de la sentencia de la Corte que acaba de citarse, que afecta los intereses del Departamento de Cundinamarca, surge para éste el derecho a que, por la Sala respectiva de la Corte "se interprete la cláusula XIII del contrato de concesión supracitado y se diga si en los términos de la excepción impositiva que dicha cláusula consagra en favor de las dos compañías contratantes, está o no está comprendido el gravamen que establece la Ley 52 de 1920, en sus ordinales L) y Ll), sobre el capital nominal de las sociedades que se constituyen en Colombia y sobre el aumento del capital de dichas sociedades, en relación con actos de esta naturaleza que se hayan verificado en cualquier tiempo en el país por las dos compañías concesionarias Colombian Petroleum Company y South American Gulf Oil Company; y si, dentro de los términos de la precitada cláusula XIII está o no está comprendido el impuesto que se reconoció y liquidó a cargo de la Colombian Petroleum Company en Resolución número 47, de 11 de junio de 1938, por el Recaudador del Impuesto de Registro y anotación del Circuito de Bogotá, por concepto de constitución de dicha compañía en Colombia y de aumento posterior de su capital".

Admitida la demanda y corridos los traslados correspondientes, la contestaron así:

El señor Procurador Delegado en lo Civil, a nombre de la Nación, dijo:

"Habiéndose pedido y decretado que se oiga en este juicio a la Nación, como parte contratante con las expresadas compañías petroleras, contesto el traslado de la demanda manifestando que convengo en los hechos y en el derecho en que ella se sustenta".

El representante de las compañías demandadas, manifestó que negaba el derecho y se oponía a que se hicieran las declaraciones solicitadas en la demanda.

Aceptó algunos de los hechos y negó la mayor parte de ellos; convino en que la compañía no pagó el impuesto de que se trata, "porque consideró, y considera todavía, no deber lo que se le viene cobrando".

En relación con el hecho 8º de la demanda, dijo:

"Lo niego, agregando que no es éste un hecho: es el concepto del demandante sobre el derecho del Departamento, sobre la personería sustantiva de esta entidad, sobre su interés jurídico para demandar la interpretación de un contrato en que no ha sido parte, con fundamento en un precepto legal que sólo a los contratantes da intervención en un juicio como éste y que sólo autoriza ese juicio para decidir discrepancias entre los mismos contratantes. Las compañías demandadas niegan ese derecho del Departamento, niegan la acción correspondiente y la personería sustantiva del Departamento, y proponen aquí, expresamente, la correspondiente excepción o excepciones".

Por último el señor representante de las compañías demandadas adujo varias razones, independientes de la interpretación de la cláusula XIII del contrato de concesión, para sostener que el mencionado impuesto no se ha causado y que,

por lo mismo, aquéllas no están obligadas a pagarlo.

Continuada la tramitación del juicio de conformidad con la ley, llegó la oportunidad de alegar de conclusión, derecho que ejercitaron las partes.

En el alegato presentado por el señor representante de las compañías demandadas se encuentra un párrafo que es necesario transcribir, porque a él habrá de referirse expresamente la Corte.

Dice así:

"En la contestación de la demanda las compañías negaron el derecho, la acción, la personería sustantiva del Departamento para promover el juicio a que me estoy refiriendo, y propusieron expresamente la excepción o excepciones correspondientes, cuya admisión aquí nuevamente solicito, si la Corte no encuentra —como seguramente encontrará— antes de fallar, que es el caso de dar aplicación a lo que prescribe el artículo 455 del C. J., por ser nula, por incompetencia de jurisdicción improrrogable, toda la actuación, que las compañías no han ratificado ni ratifican en un juicio iniciado ante la Sala Plena en lo Civil de la Corte por quien no es ni la Nación ni un contratante sobre petróleos con la Nación ni con nadie, para dirimir una discrepancia o controversia entre ese demandante, jurídicamente extraño en el contrato de que aquí se trata, y una o varias de las partes del mismo contrato, con fundamento en un precepto legal (artículo 8º de la Ley 37 de 1931) que creó dicha Sala para conocer exclusivamente de juicios entre "los contratantes". Es claro que el Departamento demandante carece de personería sustantiva en el asunto, y es igualmente claro que aquí hay lugar o a anular lo actuado por incompetencia de jurisdicción (artículo 448 del C. J.), o a declarar fundada la excepción perentoria propuesta. Así se evita la situación anómala que se contempla, de un tercero demandante, extraño al contrato, en completo acuerdo con uno de los contratantes, demandado, y ambos, desde dos ángulos opuestos, en contra de otro de los contratantes, demandado también. Es que si la Nación considera que es errada una interpretación que las compañías dan al contrato, lo natural, lo jurídico y lo lógico es que provoque ella la decisión judicial de la discrepancia, pero asumiendo en el juicio el papel que le corresponde, de contraparte de las compañías".

Para resolver se considera:

El juicio tiene por objeto, únicamente, intepretar la cláusula XIII del contrato de concesión celebrado por el Gobierno con las compañías demandadas, que fue aprobado por la Ley 80 de 1931, para saber si en la exención de impuesto que esa cláusula otorgó a las expresadas compañías, está o no comprendido el de registro y anotación que establecen los ordinales L) y Ll) del artículo 1º de la Ley 52 de 1920. De modo que fuera de lo relativo a tal interpretación sobran las otras razones que alegan las compañías demandadas para sostener que dicho impuesto no se ha causado y que, por lo mismo, no están obligadas a pagarlo, porque ese aspecto de la cuestión no es materia del juicio, ni ésta sería la entidad competente ni la ocasión apropiada para resolverlo.

Fijados así, de acuerdo con la demanda y con la ley, los límites de la controversia, es necesario estudiar primero si el proceso está viciado de nulidad, como lo alega el señor representante de las compañías demandadas, y si el Departamento tiene interés jurídico y personería sustantiva para ejercitar la acción que ha intentado, ya que las compañías demandadas afirman que no los tiene y han propuesto la correspondiente excepción perentoria.

Para la Sala no hay lugar a anular lo actuado por incompetencia de jurisdicción, como se ha afirmado, por las razones que pasan a exponerse brevemente.

Conforme al artículo 143 del C. J., "**competencia** es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República".

Según el artículo 8º de la Ley 37 de

1931, la Sala Plena en lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, que fue creada por dicho artículo, es el único Juez, o la única entidad del Organo Judicial que puede conocer de los juicios a que se refiere el mismo artículo, entre los cuales se comprende claramente el que tenga por objeto fijar la interpretación que deba darse a determinada cláusula de un contrato sobre explotaciones petrolíferas. De modo que desde este punto de vista no sólo es competente la Sala para conocer de este juicio, sino que tiene competencia privativa, y desde luego no puede existir la causal alegada, de incompetencia de jurisdicción.

Otra cosa es que el Departamento tenga la personería sustantiva requerida para ejercitar la acción que ha incoado.

En concepto de la Sala, es fundada la excepción perentoria propuesta por el señor representante de las compañías demandadas, en relación con la falta de derecho o carencia de acción por parte del Departamento para formular las peticiones de la demanda que se estudia.

En efecto, dice el artículo 8º de la Ley 37 de 1931, en lo pertinente:

"Tanto por la materia sobre que recaen como por el lugar en que se celebran, estos contratos se rigen por las leyes colombianas y quedan sometidos a la jurisdicción de los Tribunales colombianos. En consecuencia, consultando la mayor autoridad y la mayor prontitud en los juicios, **toda discrepancia entre los contratantes acerca de la interpretación de los contratos** (subraya la Sala), y toda diferencia o controversia sobre su ejecución, resolución, rescisión o caducidad, que no sean dirimibles por medio de peritos en los casos previstos en el artículo 9º, serán decididas de modo definitivo por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena en lo Civil y en una sola instancia".

"Para los solos efectos de este artículo se entiende por Sala Plena en lo Civil, la compuesta por la Sala de Negocios Generales y por todos los Magistrados de la Sala o Salas de Casación en lo Civil".

Como se ve, la disposición transcrita es suficientemente clara y según ella los juicios a que se refiere sólo pueden ventilarse entre los contratantes y a petición de uno de ellos. Los terceros, extraños a esos contratos, no tienen la acción correspondiente, ni, por lo mismo, la personería sustantiva necesaria para incoar tales juicios. Si los contratos a que alude el artículo copiado perjudican derechos de terceros, éstos pueden hacerlos valer por los medios ordinarios que establece la ley, ante las autoridades competentes al efecto, pero no ejercitando una acción especial que el precepto legal citado, de acuerdo con los principios generales de derecho, ha establecido únicamente para los contratantes.

Es suficiente lo dicho para concluír que el Departamento no tiene, en el presente caso, la personería sustantiva requerida para la prosperidad de la acción que ha intentado, por lo cual debe declararse fundada la excepción perentoria propuesta por las compañías demandadas, las que, junto con la Nación, deberán ser absueltas consecuencialmente de los cargos formulados en la demanda, sin que haya necesidad de estudiar en el fondo las peticiones de ella.

A virtud de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada en este juicio la excepción perentoria de carencia de acción o de falta de personería sustantiva de la parte demandante, y en consecuencia, absuelve a los demandados de los cargos que contra ellos se formularon.

Sin costas. (Artículo 576 del C. J.)

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

José Miguel Arango — José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán—Isaías Cepeda — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION PETITORIA DE TERMINACION DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE UN TERRENO PARA EXPLORAR Y EXPLOTAR PETROLEOS

Para saber si en un terreno que se arrienda para la explotación y exploración de petróleos hay o no aceites en cantidad comercial es indispensable, de acuerdo con nuestra legislación minera, y de conformidad con las opiniones de los técnicos que asesoran al Gobierno para la redacción y expedición de la ley sobre petróleos, no sólo emprender trabajos geológicos superficiales sino que es imprescindible perforar con taladro, operación ésta que, en concepto de esos técnicos, es la única que puede establecer de manera satisfactoria y científica la existencia e inexistencia de petróleos en el terreno arrendado, ya que la exploración superficial por procedimientos geofísicos, sismográficos u otros semejantes apenas suministrará datos más o menos ciertos sobre yacimientos petrolíferos en el terreno, pero esas exploraciones en manera alguna dan la seguridad de la existencia de petróleos y pueden constituír indicios más o menos serios que inclinen el ánimo del contratista a hacer perforaciones con taladro. Así, pues, la única manera de comprobar por parte de un contratista de petróleos que en los terrenos materia del arrendatamiento no hay petróleo en cantidad comercial es conjuntamente la exploración superficial y la perforación con taladro, de acuerdo con los artículos 18 de la ley 37 de 1931 y 4º de la 160 de 1936. El artículo 24 de aquella ley impone, en una palabra, al contratista, la comprobación de no hallar petróleo en cantidad comercial en el terreno de la concesión para que pueda poner fin al contrato de arrendamiento. — 2. Conforme al artículo 69 del Decreto número 1270 de 1931 es ante el ministerio donde debe presentarse la escritura en que se haga constar la renuncia del contrato y es el Ministro quien debe resolverla. Si se acepta, debe intervenir el señor Presidente de la República; si no se acepta, la sola actuación del Ministro es suficiente para rechazarla legalmente.

Corte Suprema de Justicia — Sala Plena en lo Civil — Bogotá, octubre 1º de 1942.

(Magistrado ponente: doctor José Miguel Arango).

El Gerente de la Compañía de Petróleos del Carare, Sociedad Anónima constituída por escritura pública número 1751, de 5 de julio de 1934, de la Notaría Cuarta de Bogotá, y con domicilio en esta ciudad, demandó a la Nación, asistida por el señor Procurador Delegado para que previos los trámites del correspondiente juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

" — I —

"Que la Compañía de Petróleos del Carare tiene derecho a terminar en cualquier tiempo durante el período de exploración el contrato celebrado con el Gobierno Nacional, para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, por documento privado de fecha 26 de mayo de 1937, modificado el 20 de octubre de 1937, y elevado a escritura pública con

instrumento número 818 de fecha 24 de marzo de 1938 pasado ante el Notario 4º de Bogotá, y por razón de no haber hallado petróleo en cantidad comercial dentro de los terrenos a que él se refiere. (Artículo 24 de la Ley 37 de 1931).

" — II —

"Que como consecuencia de la anterior condenación se declare que el contrato sobre exploración y explotación de petróleos detallado en la petición precedente quedó terminado, y la Compañía de Petróleos del Carare libre de obligaciones, por razón del memorial presentado por la Compañía al Ministerio de Minas y Petróleos con fecha 17 de mayo de 1940, en que la Compañía manifestó al Gobierno Nacional su decisión de ponerle fin al contrato por no haber hallado petróleo en cantidad comercial dentro del área contratada y por razón de haber devuelto al Gobierno Nacional los terrenos a que se refiere el contrato por medio de la escritura pública número 1260 de fecha 12 de junio de 1940 pasada ante el Notario 3º de Bogotá, en forma absolutamente incondicional, todo lo anterior ocurrido dentro del período de exploración del contrato y antes de vencerse el plazo contractual para tener instalado y trabajado el equipo de taladrar.

" — III —

"Que las resoluciones dictadas por el señor Ministro de Minas y Petróleos con fechas 27 de agosto de 1940, 7 de octubre de 1940, 30 de octubre de 1940 y marzo 26 de 1941 son contrarias a derecho porque por medio de ellas el mentado Ministro interpretó adversamente las obligaciones y derechos de la Compañía, negándole la facultad de poner fin al contrato detallado en la petición primera, e imponen a la Compañía de Petróleos del Carare la obligación de taladrar antes de la fecha prevista para ello en el contrato, haciendo con esto más oneroso el mismo contrato y causando perjuicios a la Compañía, los que solicito decreteis como condenación especial a cargo de la Nación y en suma proporcionada a lo que resulte probado en este juicio, o para ser fijada en uno distinto conforme al procedimiento establecido por el Código Judicial.

" — IV —

"Que se condene a la Nación a restituír a la Compañía de Petróleos del Carare la cantidad de $ 49.700 en Bonos Colombianos de Deuda Interna depositados como garantía del contrato a que se refiere esta demanda en el Banco de la República, y a la orden del Gobierno Nacional.

Para el caso de que no considereis procedente las declaraciones anteriores os pido, en subsidio, decreteis lo siguiente:

"— A —

"Que el contrato elevado a escritura pública por instrumento 818 de fecha 24 de marzo de 1938, Notaría 4ª de Bogotá y celebrado entre el Gobierno Nacional y la Compañía de Petróleos del Carare para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional, termina naturalmente por vencimiento de plazo el día 14 de marzo de 1941 fecha en la cual termina el período de exploración del mismo sin que la Compañía Concesionaria hubiere hallado petróleo en cantidad comercial.

" — B —

"Que como consecuencia de esta terminación del contrato se condene a la Nación a restituír a la Compañía de Petróleos del Carare la cantidad de $ 49.700 en Bonos Colombianos de Deuda Interna depositados como garantía del contrato a que se refiere esta demanda en el Banco de la República y a la orden del Gobierno Nacional".

Los hechos en que apoya la demanda están relacionados así:

"1) La Compañía de Petróleos del Carare celebró con el Gobierno Nacional un contrato para la exploración y explotación

de petróleos nacionales en un lote de terreno que mide 49.636 hectáreas ubicado en jurisdicción de los municipios de Puerto Wilches y Lebrija en el departamento de Santander, con fecha 26 de mayo de 1937, el cual fue modificado con fecha 20 de octubre de 1937 y elevado a escritura pública en instrumento número 818 de fecha 24 de marzo de 1938, la que fue publicada en el Diario Oficial número 23755, de fecha 19 de abril de 1938.

"2) En este contrato se fijó el día 15 de marzo de 1938 como fecha para principiar a contar los plazos legales de los períodos de exploración y explotación.

"3) El período inicial de exploración del contrato en cuestión es de tres años que expiran el 14 de marzo de 1941, y de conformidad con la modificación del contrato hecho con fecha 20 de octubre de 1937, se pactó que seis (6) meses antes de esta fecha, es decir, el 15 de septiembre de 1940, el contratista tendría instalado al menos un equipo completo de perforación.

"4) Entre el 15 de marzo de 1938 y el 14 de septiembre de 1940 la Compañía contratista no tenía obligación de explorar con taladro, los terrenos contratados de conformidad con lo expuesto en esta demanda.

"5) La Compañía contratista manifestó su voluntad de terminar el contrato al Gobierno el día 17 de mayo de 1940, antes del vencimiento del plazo contractual para iniciar los trabajos de exploración con taladro y entregó incondicionalmente al Gobierno Nacional los terrenos por medio de la escritura número 1260 de fecha 12 de junio de 1940 de la Notaría 3 de Bogotá, por los mismos linderos que figuran en la escritura número 818 de fecha 24 de marzo de 1938, Notaría 4 de Bogotá.

"6) La Compañía contratista no ha hallado petróleo en cantidad comercial dentro del área de la concesión.

"7) El Ministro de Minas y Petróleos no tiene delegación de facultades presidenciales para interpretar a nombre del Gobierno los contratos e imponer obligaciones distintas a las que figuran en el contrato y a pesar de ello dictó las Resoluciones de fechas 27 de agosto de 1940, 7 de octubre de 1940, 30 de octubre de 1940, y 26 de marzo de 1941, negándose a aceptar la terminación del contrato y rehusando la devolución de la caución depositada por la Compañía para garantizar el cumplimiento del contrato, y ocasionando perjuicios a la Compañía.

"8) El día tres de noviembre de 1939 la Compañía de Petróleos del Carare depositó en el Banco de la República a la orden del Gobierno Nacional la cantidad de $ 49.700 en bonos de deuda interna nacional como garantía del contrato a que vengo refiriendo.

"9) El Gobierno redactó todas las cláusulas del contrato .

DERECHO

"Apoyo esta demanda en los artículos 8º y 24 de la ley 37 de 1931. Artículos 15, 1551, 1602, 1614, 1624, 2134, 2135, 2438— del Código Civil. Artículos 22 y 32 del Acto Legislativo número 1 de 1936, Ley 202 de 1936 y en todas las disposiciones concordantes.

"La competencia para conocer de esta demanda la dan los artículos 8º de la Ley 37 de 1931 y 40 del Código Judicial.

"Acompaño a esta demanda los siguientes documentos para que sirvan de prueba en el juicio, sin perjuicio de hacer uso de los legales que crea pertinentes al mismo, dentro del término respectivo.

"1º—Primera copia registrada de la escritura número 818 de fecha 24 de marzo de 1938 de la Notaría 4ª de Bogotá.

"2º—Primera copia de la escritura número 1260 de 12 de junio de 1940, Notaría 3ª de Bogotá, debidamente registrada.

"3º—Copias auténticas de las Resoluciones dictadas por el Ministro de Minas y Petróleos con fecha 27 de agosto de 1940; 7 de octubre de 1940 y 30 de octubre de 1940.

"4º—Certificados de la Cámara de Comercio que acreditan la personería sustantiva y adjetiva.

"5º—Copia de la Resolución número 179 dictada por el Superintendente de Sociedades Anónimas .

Corrido el traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, se opuso perentoriamente a las peticiones formuladas en la demanda y en cuanto a los hechos aceptó el 1º, 2º y 3º; consideró que el 4º era un mero concepto jurídico en parte equivocado y por tanto lo rechazó; el 5º lo aceptó sólo en parte; al 6º que no se había demostrado; al 7º que es un concepto y no un hecho; al 8º y 9º les dio su asentimiento.

Trabada esa litis y tramitado el juicio con la plenitud de las formalidades legales y no observándose en él motivo de nulidad que pueda invalidar la actuación, la Sala Plena en lo Civil hace las siguientes consideraciones, para ponerle fin al litigio por medio de la presente sentencia.

La Compañía demandante celebró con el Gobierno Nacional un contrato para la exploración y explotación de petróleos nacionales, en un lote situado en jurisdicción de los municipios de Puerto Wilches y Lebrija del departamento de Santander, el 26 de mayo de 1937, el cual fue modificado el 20 de octubre del mismo año y elevado a escritura pública número 818 de 24 de marzo de 1938, la cual fue publicada en el "Diario Oficial" número 23755, de 19 de abril del mismo año.

En este contrato se fijó el día 15 de marzo de 1938 para principiar a contar los plazos legales de los períodos de exploración y explotación; el período de exploración fue de tres años que terminaban el 14 de marzo de 1941, y debido a la modificación del contrato primitivo se estableció que seis meses antes de esta fecha, es decir, el 15 de septiembre de 1940 el contratista tendría instalado al menos un equipo completo de perforación; la compañía en 17 de mayo de 1940, antes del vencimiento del plazo contractual para iniciar los trabajos de exploración con taladro, otorgó la escritura número 1260 de fecha 12 de junio de 1940 por la cual manifestó su voluntad de terminar el contrato de que se trata en este negocio.

El señor Ministro de Minas y Petróleos, en resoluciones de 27 de agosto de 1940, y 7 y 30 de octubre de ese mismo año y 26 de marzo de 1941, le negó a la compañía la facultad de poner fin al contrato por cuanto consideró que el contratista no había hecho las explotaciones con taladro a que estaba obligado para demostrar que no se había encontrado petróleo en cantidad comercial.

En el contrato se expresó claramente, y fue aceptado por la compañía, que éste quedaba regido de manera incondicional por todas y por cada una de las disposiciones pertinentes de la Ley 37 de 1931, 160 de 1936 y de los decretos reglamentarios números 1270, 1391 y 1950, disposiciones que se consideran como cláusulas integrantes del contrato que se celebró.

El contratista expresamente se obligó, de acuerdo con la cláusula inserta en el contrato, a instalar al menos un equipo completo de perforación, seis meses antes de vencerse el período inicial de exploración, de que trata el artículo 4º de la Ley 160 de 1936, obligación que no ha cumplido.

Expuestos estos antecedentes, se entra a estudiar las peticiones de la demanda, en el orden en que fueron establecidas.

La primera tiene por finalidad que se declare que la Compañía de Petróleos del Carare tiene derecho, en cualquier tiempo, a terminar durante el período de la exploración, el contrato celebrado con el Gobierno Nacional materia de este litigio y funda su petición en el artículo 24 de la Ley 37 de 1931.

El artículo 24 invocado por el demandante, que le concede el derecho de poner fin al contrato, en cualquier tiempo, está regido por una condición, sin el cumplimiento de la cual es imposible ejercitar ese derecho y hacer ese reconocimiento. Para que el demandante pueda poner fin al contrato cuando le venga en gana, es indispensable que compruebe que en el

terreno materia del arrendamiento no halló petróleo en cantidad comercial. Esta circunstancia indispensable para ejercitar el derecho consagrado en el artículo 24 citado, que quedó incorporado al contrato de petróleos celebrado por la compañía demandante, de acuerdo con cláusula expresa consignada en el pacto y aceptada por el contratante sin observación alguna, no la ha comprobado el demandante, como adelante se verá, y faltando esa comprobación no puede ejercitar el derecho consagrado en el artículo 24 de la Ley citada, es decir, no puede pretender que se ponga fin al contrato de arrendamiento.

Esta disposición del artículo 24 está interpretada, aclarada y refrendada por el artículo 10 del Decreto número 1694 de 1939, que así reza:

"Para que se pueda declarar la terminación de un contrato de petróleos durante el lapso de exploración (y éste es el caso actual), inclusive las prórrogas que se hayan concedido, se requiere que el contratista compruebe no haber hallado petróleo en cantidad comercial.

"Si la solicitud para que se le ponga fin al contrato se hace en los días anteriores al vencimiento del período de exploración de que se haya gozado, al contratista le bastará comprobar que ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales, especialmente las relacionadas con las perforaciones oportunas y asiduas que debe ejecutar en el subsuelo de los terrenos, y que, sin embargo, no ha encontrado petróleo en cantidad comercial. Pero cuando la solicitud se haga antes de los diez días expresados, el contratista, además de la comprobación anterior, deberá demostrar que técnicamente no se justifica continuar los trabajos de perforación en los distintos sectores del terreno".

Argúyese que este decreto, aun cuando reglamentario del artículo 24 de la Ley 37 de 1931 no tiene aplicación al presente caso porque él es posterior a la fecha de la celebración del respectivo contrato.

La citada disposición del Decreto en mención, dictada por el Organo Ejecutivo, en virtud de autorización constitucional regula la aplicación e interpretación de las leyes preexistentes al contrato y sólo cuando esa reglamentación contraríe manifiesta y palpablemente la ley que reglamente, ella carecería de fuerza obligatoria, lo que no sucede en el caso de autos.

Pero suponiendo, por vía de disputa, que ese decreto por ser posterior a la fecha de la celebración del contrato no se aplicara o sirviera para fijar el alcance de las cláusulas contractuales, es lo cierto que el artículo 18, inciso 2º, de la misma Ley quedó, de confomidad con el artículo 4º de la Ley 160 de 1936, redactado así:

"Artículo 18. La exploración y explotación de cada área solicitada se pactará en un solo contrato.

"Por exploración se entiende el conjunto de trabajos geológicos superficiales y los de perforación con taladro tendientes a averiguar si los terrenos materia de la concesión contienen o nó petróleo en cantidades comerciales explotables".

Ahora se pregunta: ¿Ha comprobado la compañía que no ha hallado petróleo en cantidad comercial, en los terrenos materia del contrato en litis? La respuesta ha de ser, forzosamente, negativa.

Para saber si en un terreno que se arrienda para la explotación y exploración de petróleos hay o nó aceites en cantidad comerciable es indispensable, de acuerdo con nuestra legislación positiva, y de conformidad con las opiniones de los técnicos que asesoraron al Gobierno para la redacción y expedición de la ley, no sólo emprender trabajos geológicos superficiales, sino que es imprescindible perforar con taladro, operación ésta, que en concepto de los técnicos atrás citados, es la única que puede establecer de manera satisfactoria y científica la existencia e inexistencia de petróleos en el terreno arrendado, ya que la exploración superficial por procedimientos geológicos, sismográficos u otros semejantes apenas suministrará datos más o menos ciertos sobre yacimientos petrolíferos en el terre-

no, pero esas exploraciones en manera alguna dan la seguridad de la existencia de petróleos y pueden constituír indicios más o menos serios que inclinen el ánimo del contratista a hacer perforaciones con taladro.

La exploración con taladro no se ha hecho, así lo confiesa el demandante y es un hecho que no se discute en el proceso. Trae a su favor las exploraciones que hizo por medio de trabajos geológicos superficiales y considera que ellos son bastante para demostrar que en el área arrendada no hay petróleo en cantidad comercial.

Los antecedentes de la ley y el texto de ella, tan claro y tan nítido están indicando que los únicos medios que reconoce la ley, para esta comprobación son la exploración superficial y la perforación con taladro, no uno de los dos sino ambos juntos y por eso como lo advierte el señor Procurador, Delegado en lo Civil, "la conjunción copulativa "y" que se usa al definir la exploración del contrato, tanto en el artículo 18 de la Ley 37 de 1931 como el 4º de la Ley 160 de 1936, está indicando la reiterada voluntad del legislador colombiano de que por dicha exploración se entiendan no sólo los trabajos geológicos superficiales sinó también con taladro o por medio de perforaciones. Si esas disposiciones hubieran empleado, al definir lo que debía entenderse por exploración que se pacta en los contratos, una conjunción disyuntiva "o", por ejemplo, se podría admitir que el concesionario podía cumplir sus obligaciones contractuales de explorador con la sola ejecución de los estudios geológicos superficiales sin que le fuera necesario realizar también perforaciones".

De lo expuesto anteriormente, fluye la conclusión ineluctable de que la única manera de comprobar por parte de un contratista de petróleos, que en los terrenos materia del arrendamiento, no hay petróleo en cantidad comerciable es conjuntamente la exploración superficial y la perforación con taladro.

La aplicación del artículo 24, en la forma en que hoy la hace, por el presente fallo, la Sala Plena en lo Civil, cuadra igualmente con las demás disposiciones que informan la Ley 37 de 1931 sobre petróleos, puesto que en ella se ha establecido diferencia entre la exploración superficial técnica hecha por procedimientos geológicos y otros similares y la exploración con taladro. La primera es completamente libre en todo el territorio de la República, y no requiere, para realizarse permiso del Gobierno; la segunda, requiere necesariamente la previa celebración de un contrato con el Gobierno si se trata de petróleos de propiedad nacional o mediante la formalidad de un aviso al dueño del terreno en que se le hace saber de que en su suelo se piensan establecer exploraciones con taladro (artículo 15 de la Ley 37 de 1931).

Arguye el demandante que esta interpretación del artículo 24 es a todas luces anómala ya que no se ve la razón para que se obligue al contratista a hacer exploraciones con taladro, antes de vencerse el plazo que le fija el contrato para establecer un equipo completo de perforación seis meses antes de vencerse el período inicial de la exploración, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 160 de 1936 en su inciso 5º, porque si sólo está obligado por la ley a instalar un equipo completo de perforación seis meses antes por lo menos, de vencerse el período inicial de la explotación ello indica que se le impone la obligación de perforar antes de cumplirse el término que tiene por la ley, para establecer un equipo completo de perforación, condición ésta requerida para que se pueda hacer uso del derecho de poner fin al contrato, de acuerdo con el artículo 24.

El señor Procurador General contesta así la objeción, respuesta que prohija la Sala Plena en lo Civil:

"La objeción —como asentada que estaría en un claro sofisma— carece de fuerza impugnatoria, porque la facultad de renunciar a un contrato de petróleos, si bien se puede ejercitar en todo momento, ha de fundarse siempre en la inexis-

tencia de petróleo en cantidades que permitan su exploración económica. Por eso el derecho de renunciar a la concesión, aunque teóricamente limitado en el tiempo, está condicionado en la práctica a la comprobación que se haga de que no existen petróleos, para adquirir la cual es necesario la ejecución de los trabajos conducentes a conseguir ese convencimiento pleno. Ahora bien: Los trabajos necesarios para llegar a una conclusión verdadera sobre la existencia o inexistencia de petróleos en una determinada estructura, no son otros que los de exploración, pero no de cualquiera exploración, sino la que define el artículo 4º de la Ley 160, tantas veces citada, esto es: Los geológicos superficiales y los de perforación con taladro tendientes a averiguar si los terrenos materia de la concesión contienen o no petróleos, en cantidades comercialmente explotables"... en otros términos: La obligación de iniciar las perforaciones seis meses antes de vencerse el período inicial de la exploración, se estipula para la vida normal del contrato; pero ello es sin perjuicio de que la renuncia presentada con anterioridad al nacimiento de esa obligación se apoye en la prueba inequívoca de que el subsuelo carece de petróleo; y como esa prueba —según opinan los técnicos y según el significado que la ley asigna a la exploración contractual— no puede deducirse solamente de los trabajos geológicos superficiales sino que requiere las perforaciones con taladro, resulta inadmisible, por parte del Gobierno, una renuncia si no se ha perforado previamente en el subsuelo a que ella se refiere".

En último término, y con relación a esta interpretación del artículo 24, el demandante sostiene que se le ha impuesto o echado la carga de la prueba relativa a una obligación o hecho que entraña una negativa de carácter indefinido, y que por consiguiente la compañía no está en la obligación de comprobar un hecho negativo insuceptible de demostración.

Se observa por la Sala Plena en lo Civil: El artículo 24 en cita impone al contratista la comprobación de no hallar petróleo en cantidad comercial en el terreno de la concesión, para que pueda poner fin al contrato de arrendamiento. Esta condición hace parte y está inserta en el contrato respectivo, aceptada sin observación alguna por el contratista, lo que indica que él consideró cuando se perfeccionó el contrato con el Gobierno Nacional, que podía demostrar que en el terreno de la concesión no había petróleo en cantidad comercial, si pretendía hacer uso del derecho que le otorga el citado artículo 24. Es, pues, extraño que hoy al demandar a la Nación caiga en la cuenta de que contrajo y aceptó la obligación de comprobar un hecho negativo, de negación indefinida, que escapa a toda demostración.

Es de toda evidencia que el demandante se apoya en un supuesto falso al considerar que ese hecho entraña una negación indefinida que no puede comprobarse. No. La locución "no haberse hallado petróleo en cantidad comercial" entraña de por sí sola, o da nacimiento a un hecho positivo cual es saber qué cantidad de galones, que es la medida de los aceites, produjo la perforación con taladro, hecho éste que puede demostrarse de una manera mecánica, por medio de correspondiente equipo de perforación con taladro, y en virtud de esta operación mecánica y fijada la cantidad de petróleo que produce el pozo perforado en una hora o en varias horas, se tendrá la medida indispensable para saber si esa cantidad es o nó cantidad de petróleo comerciable. Precisado el número de galones que produce la perforación del pozo se tiene un dato cierto para discutir y fijar si ese número de galones es o no **petróleo en cantidad comerciable**, oportunidad ésta que daría ocasión a que de manera definitiva se estableciera qué debe entenderse, por **petróleo en cantidad comerciable.**

El hecho positivo de qué número de galones produjo la perforación con taladro en el terreno materia de la concesión, no se ha demostrado por parte del demandante, y en ausencia de esa prueba, es ló-

gico y es jurídico negarle el derecho de poner fin al contrato durante el término de la exploración, y por consiguiente negar la primera petición de la demanda. No podría demostrarse puesto que no cumplió con el medio comprobatorio que para el efecto estaba obligado por la ley y el contrato, como es hacer las perforaciones con taladro.

La segunda petición correrá igual suerte a la de la primera, porque si el demandante no ha hecho exploración con taladro en el terreno de la concesión y no ha comprobado que allí exista o no exista petróleo en cantidad comerciable, ha dejado de llenar un requisito indispensable señalado por la ley de petróleos, como se ha demostrado por lo dicho anteriomente, y por consiguiente no tiene derecho para pedir la terminación del contrato y declarar a la compañía concesionaria libre de las obligaciones contraídas para con el Gobierno Nacional.

La petición tercera tiende a que se declare que las resoluciones dictadas por el señor Ministro de Minas y Petróleos de fechas 27 de agosto, 7 de octubre y 30 del mismo mes, del año de 1940 y 26 de marzo de 1941, son contrarias a derecho, tampoco pueden prosperar porque esas resoluciones se fundaron en que el contratista no había cumplido con la obligación que le imponía el artículo 24, de comprobar que en los terrenos de la concesión no se hallaba petróleo en cantidad comerciable, porque no se habían hecho las exploraciones con taladro, que es la única prueba real y verdadera para demostrar la existencia o no existencia de aceites en los terrenos materia del contrato.

La ilegalidad de esas resoluciones, en concepto del demandante, consiste en que el Ministro por sí mismo carece de facultad para dictarlas puesto que el contrato fue celebrado con el Gobierno, y éste se entienda constituído por el Presidente de la República y su respectivo Ministro en cada caso particular, de donde deduce que el Ministro no podía actuar por sí solo para declarar, como declaró en las citadas resoluciones, que no se podía dar por terminado el contrato, sin que en ellas concurriera el señor Presidente de la República.

Este proceder del Ministro lo tacha el demandante como contrario a los artículos 22 del Acto Legislativo número 1º de 1936 y a la Ley 202 del mismo año que señaló las funciones que el Presidente de la República podía delegar, y entre éstas no figura la que ejercitó por medio de la resolución en que se acusa.

Al respecto y contestando esta argumentación del demandante, dice el señor Procurador General de la Nación:

"Sostiene el demandante que así como la renuncia de la concesión debe ser aceptada por el Gobierno, por mandato del precitado Decreto reglamentario (1270 de 1931), la resolución de no aceptar la renuncia debe ser proferida también por aquél.

"Contra la letra y el espíritu de la ley, como contra toda lógica jurídica, peca la tesis del demandante a este respecto. El decreto en que se apoya el demandante no ha dicho sino que la renuncia debe ser aceptada por el Gobierno para que sea válida, pero la no aceptación es no sólo un acto distinto sino contrario al acto de la aceptación. Y los dos actos son de naturaleza y efectos jurídicos diametralmente opuestos entre sí. La aceptación de la renuncia rompe el vínculo contractual, pone fin al contrato, y por tanto, es lógico que corresponda a la misma entidad que contrató, o sea al Gobierno. Pero la no aceptación no altera en nada la situación jurídica creada por el contrato. Es un acto de aplicación y desarrollo de éste, que debe incumbir, por tanto a la entidad encargada de todo lo relativo a la ejecución del contrato: El Ministerio del ramo.

El artículo 69 del Decreto 1270 de 1931 no deja duda al respecto. Es ante el Ministerio donde debe presentarse la escritura en que se haga constar la renuncia del contrato y es el Ministro quien debe resolverla. Si se acepta, debe intervenir el señor Presidente de la República, si no se acepta, la sola actuación del Ministro es suficiente para rechazarla legalmente.

Pero si esta tesis no fuera estrictamente legal, la causa de la Compañía del Carare nada ganaría con la decisión de la Corte de que las resoluciones dictadas por el Ministro son ilegales, porque por este fallo ha de resolverse que el contratista no tiene derecho a pedir la terminación del contrato por no haber cumplido con las respectivas obligaciones que lo vincularon a la Nación.

La petición cuarta habrá de negarse, igualmente, porque ella es una consecuencia de las anteriores. Por ella se solicita la devolución o restitución, a la compañía de Petróleos del Carare, de la cantidad de $ 49.700 en bonos colombianos de deuda interna depositados como garantía del contrato en el Banco de la República a la orden de la Nación. Si el contrato de petróleos a que se refiere este pleito, no puede terminarse, por no haber cumplido el concesionario con sus obligaciones, la Nación no tiene que restituír el depósito que se dio como garantía del contrato.

Las peticiones subsidiarias marcadas con las letras A y B no pueden desatarse a favor de la compañía demandante, porque si el contrato no se ha dado por terminado, por falta de cumplimiento por parte de la compañía, de las obligaciones allí estipuladas, no hay razón para resolverlas a favor del demandante, ya que ellas son una consecuencia directa de las peticiones principales, que han de negarse.

Basada en la disertación anterior la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

1º Absuélvase a la Nación de todas y cada una de las peticiones formuladas por el demandante en su libelo de demanda corregida de fecha 3 de abril de 1941.

2º Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la "Gaceta Judicial" y archívese el expediente.

José Miguel Arango — José M. Blanco Núñez — Aníbal Cardoso Gaitán — Isaías Cepeda — Liborio Escallón —Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Hernán Salamanca — Arturo Tapias Pilonieta — Pedro León Rincón, Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SIMULACION. — ACCION. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA

1. De tánta trascendencia en los procesos judiciales es la escogencia de la acción y la manera de enderezarla, que de estas circunstancias depende muchas veces el éxito favorable o adverso de la demanda, ya que la sentencia con que termine el juicio no puede considerarse legalmente como verdadera decisión de la controversia sino en cuanto recaiga determinada y exclusivamente sobre la acción intentada y la manera en que lo haya sido, especialmente la forma en que hayan sido emplazadas las partes para el debate. 2. La facultad que tiene el sentenciador para interpretar la demanda no puede moverse en campo ilimitado y arbtrario y no procede sino en casos en que los términos en que aparezca concebida la demanda permitan esta labor exegética que de ningún modo puede llevarse hasta la desestimación de sus declaraciones categóricas. Se ha autorizado con este sentido y este alcance en casos, por ejemplo, de equivocada denominación de la acción o de error en la cita de preceptos legales en que se diga fundarla cuando el derecho en realidad existe bajo otras denominaciones y siempre que las circunstancias de hecho y los llamados presupuestos procesales hayan quedado adecuadamente establecidos en la demanda, base de la litis y pauta de la sentencia.

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

(Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca)

Como hechos principales originarios de la acción ejercitada en este pleito figuran los siguientes:

Del matrimonio católico contraído por León Tamayo con Amalia Cuenca nacieron los hijos legítimos Florentino, Miguel e Ignacio Antonio Tamayos. Fallecida la mujer (julio de 1904) el viudo contrajo segundas nupcias con Ernestina Cuenca en febrero de 1905, matrimonio éste último en que no se procreó ningún hijo. El 29 de enero de 1935, por medio de la escritura pública número 21 otorgada ante el Notario del Circuito del Espinal, León Tamayo vendió a Roso Rodríguez por la suma de $ 19.000, los bienes raíces y semovientes que allí se detallan y los cuales, según se afirma en la demanda, fueron adquiridos durante el segundo matrimonio del vendedor. Al día siguiente, el 30 de enero de 1935 y ante el mismo Notario, por medio de la escritura pública número 22, Roso Rodríguez vendió a Florentino y Miguel Tamayo los mismos bienes comprados a León el día anterior.

Muertos León Tamayo (agosto de 1935) y su segunda mujer Ernestina Cuenca (octubre del año citado), los sobrinos carnales de ésta, en su calidad de herederos, considerando que las dos compraventas premencionadas fueron simuladas y

que en ellas no se hizo figurar a Roso Rodríguez sino como simple testaferro encargado de hacer llegar el dominio de los bienes de la segunda sociedad conyugal de León Tamayo a sus hijos del primer matrimonio con fraude y perjuicio de los derechos de los sucesores de Ernestina Cuenca, han promovido este juicio destinado a invalidar esas disposiciones de bienes, que consideran ilegítimas.

A este efecto, en libelo fechado el 18 de mayo de 1937 y dirigido al Juzgado del Circuito del Espinal, por medio de apoderado, Liborio, Luis, Juan, Amalia, Rafael y Ana Cuencas demandaron "a la sucesión intestada e ilíquida de don León Tamayo, representada por los herederos de dicho señor, que lo son el doctor Florentino Tamayo, don Miguel Tamayo y Luis Antonio Tamayo, de una parte; y al señor Roso Rodríguez R., de la otra, los dos primeros y el último mayores y vecinos del municipio de Suárez, y Luis Antonio menor de edad y vecino del Espinal, para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía y con intervención de dichos demandados, se hagan en la sentencia que le ponga fin a aquél las siguientes declaraciones: A) Que es nulo e inexistente, y, por consiguiente, de ningún valor o efecto, por ser simulado, o por falta de causa, o por falsa causa, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 21, otorgada ante el Notario del Circuito del Espinal con fecha 29 de enero de 1935, contrato celebrado entre los señores León Tamayo y Roso Rodríguez R., por cuanto la venta que aparece haciendo allí el primero al segundo de los nombrados señores de los bienes raíces y semovientes determinados en dicha escritura, no fue real y efectiva, ya que el vendedor no tuvo intención de transferir el dominio de dichos bienes ni al comprador voluntad de adquirirlo, pues no estuvo en su ánimo pagar el precio acordado. — B) Que es igualmente nulo e inexistente, y, por consiguiente, de ningún valor o efecto, por ser simulado, o por falta de causa, o por falsa causa, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 22, otorgada ante el Notario del Circuito del Espinal con fecha 30 de enero de 1935, contrato celebrado entre los señores Roso Rodríguez R., de una parte, y Dr. Florentino Tamayo y D. Miguel Tamayo de la otra parte, por cuanto que la venta que aparece haciendo allí el primero a los dos últimos de los bienes raíces y semovientes a que dicha escritura se refiere, no fue real y efectiva, ya que el vendedor no tuvo intención de trasferir el dominio de dichos bienes ni los compradores voluntad de adquirirlos legalmente, pues no pagaron el precio estipulado. — C) Que como consecuencia de las declaraciones de nulidad o de inexistencia anteriores, el doctor Florentino Tamayo y D. Miguel Tamayo están obligados a restituír...."

Hace a continuación la demanda el enlistamiento y singularización de los bienes cuya restitución pide como consecuencia de la nulidad e inexistencia, incluyendo sus frutos, y propone quince peticiones subsidiarias cuyo texto no es necesario reproducir para los fines del recurso, todas enderezadas contra los demandados Tamayos, en su anotada calidad de representantes de la sucesión de León Tamayo, como se vio en la transcripción del encabezamiento de la demanda.

Admitida la demanda y corrida en traslado a los demandados, la contestaron oponiéndose a las pretensiones de la parte actora y alegando las excepciones de falta de personería de los demandantes, acción errada, petición indebida, e ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada. Agotado el procedimiento del grado, el Juez del Circuito del Espinal profirió sentencia definitiva el 10 de marzo de 1939, absolutoria completamente por haber hallado probada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandada por considerar que la acción de simulación se dirigió contra la sucesión de León Tamayo representada por sus herederos Florentino, Miguel y Luis Antonio de ese apellido, siendo que tal entidad nada tiene que ver con el contrato que

recoge la escritura pública número 22 del 30 de enero de 1935.

Sentencia acusada

Se produjo la sentencia definitiva de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, fechada el 6 de marzo de 1941, por apelación oportunamente interpuesta por el apoderado de los actores contra la sentencia del Juzgado, que el superior encontró ajustada a la ley y por eso la confirmó totalmente.

Coincidentes en un todo las razones motivas de los fallos de instancia en este juicio, no versan ellas sobre las cuestiones de fondo que la demanda propuso a la decisión judicial, por considerar ambos sentenciadores, Juez y Tribunal, que lo primero que ha de estudiarse al decidir un litigio es la personería que han asumido las partes para que la resolución final no quede falseada en sus efectos, y haber hallado que a este respecto adolece el proceso de un vicio fundamental en lo tocante a la parte demandada. Las razones sobre este particular, único fundamento del fallo acusado, aparecen compendiadas en el siguiente pasaje de la sentencia:

"Por medio de las peticiones A) y B) de la demanda se persigue la declaración de inexistencia de los contratos de compraventa, celebrados por medio de las escrituras números 21 y 22 de 29 y 30 de enero de 1935, respectivamente. En el primero de tales contratos figuró como vendedor don León Tamayo y como comprador don Roso Rodríguez. En el segundo fue vendedor dicho Rodríguez y compradores Florentino y Miguel Tamayo.

"Ahora bien: al tenor del artículo 205 del C. Judicial, uno de los requisitos que debe contener toda demanda, es el nombre o designación de la parte demandada y de sus representantes legales, si fuere el caso. Esto indica que la acción de simulación intentada por medio de este juicio, al referirse a los dos contratos citados, ha debido dirigirse precisamente contra todos los que intervinieron en su otorgamiento, ya que de conformidad con el artículo 1759 del C. Civil, las obligaciones y descargos contenidos en todo instrumento público, hacen plena prueba respecto de sus otorgantes y de aquellos a quienes se transfieren tales obligaciones y descargos a título universal o singular.

"En el caso de autos, al iniciarse la demanda, se dirige contra la sucesión intestada e ilíquida de León Tamayo, representada por sus herederos Florentino, Miguel y Luis Antonio Tamayo, y contra Roso Rodríguez

"En esa forma está perfectamente encaminada la acción, porque muerto Tamayo, que fue uno de los otorgantes de la escritura número 21, responden de las obligaciones resultantes de ese acto los herederos o sucesores universales de él, así como también Roso Rodríguez, que fue el otro otorgante de la misma escritura. Pero como en la número 22 no intervino León Tamayo, sino directamente Florentino y Miguel Tamayo, como compradores, ha debido enderezarse la acción también contra estos señores en particular, ya que la sucesión del primero no tiene por qué responder por los actos personales de los otros dos...

"Porque, si bien carece de personería jurídica, la comunidad sucesoral es una entidad de derecho susceptible de tener bienes y de ejercitar derechos y soportar obligaciones, enteramente distinta de las personas naturales llamadas Florentino y Miguel Tamayo, que por su parte pueden tener derechos y contraer obligaciones exclusivamente personales...

"Lo anterior pone de manifiesto que la demanda ha sido mal dirigida, y que hay base para considerar probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada".

El recurso

Negado por el Tribunal el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra su sentencia de segundo grado, se concedió luégo por haber prosperado el

de hecho ante la Corte. Admitido y sustanciado ya, se procede a decidir hoy.

La acusación de la sentencia se plantea dentro del primero de los motivos legales de casación (numeral 1º del artículo 520 del C. J.), y en el único cargo que contiene la demanda fundamental del recurso se acusa el fallo de ser violatorio de los artículos 1759, 1494, 1495, 1502, 1849, 1740, 1741, 1746, 961, 1766, 1443 y 1458 del C. C. a consecuencia del error de hecho manifiesto en que incurrió en la interpretación de la demanda al afirmar que en ella sólo aparecía como demandada la sucesión intestada e ilíquida de León Tamayo, representada por sus herederos Florentino, Miguel y Luis Antonio Tamayo y no los dos primeros de éstos también directa y personalmente como es necesario aceptarlo al interpretar integralmente el libelo en busca de la intención del demandante como ha de hacerlo el sentenciador, según doctrina reiteradamente sostenida por la Sala de Casación.

"En el presente caso —dice el recurrente— el juzgador debe reconocer cuál fue la franca intención del demandante y aceptar que ella fue traicionada por aquella frase del encabezamiento, pero cuyas palabras no pueden sacrificar la intención total del libelo".

Se considera el cargo.

De tánta trascendencia en los procesos judiciales es la escogencia de la acción y la manera de enderezarla, que de estas circunstancias, como en el caso de estudio, depende muchas veces el éxito favorable o adverso de la demanda ya que la sentencia con que termine el juicio no puede considerarse legalmente como verdadera decisión de la controversia sino en cuanto recaiga determinada y exclusivamente sobre la acción intentada y la manera en que lo haya sido, especialmente la forma en que hayan sido emplazadas las partes para el debate. Es incuestionable la tesis del Tribunal, no atacada en el recurso, de que para la procedencia de la acción incoada por los sobrinos de Ernestina Cuenca de Tamayo ha debido demandarse también al lado de la sucesión de León Tamayo y Roso Rodríguez, partes en el primer contrato, a Florentino y Miguel Tamayo personalmente y en su propio interés como compradores en la segunda compraventa, en la que ya no fue parte León Tamayo ni sus hijos intervinieron como herederos suyos. Esto es claro porque los dos contratos, el de la escritura número 21 y el de la número 22 a que se ha hecho referencia, forman el mecanismo inseparable de la simulación demandada en que se dice que la intervención de Rodríguez fue la de simple testaferro con encargo de hacer llegar a Florentino y Miguel Tamayo gratuitamente la propiedad de las cosas vendidas simuladamente, de tal modo que la técnica en el ejercicio de la acción especial de simulación exige indispensablemente el emplazamiento personal de los beneficiarios de la donación oculta.

La sentencia recurrida, como se vio, hace consistir la tacha de la personería en que fundó la excepción perentoria correspondiente, en que Florentino y Miguel Tamayo no han sido, debiendo serlo también, citados a este juicio particularmente sino sólo en su calidad de herederos de su padre León Tamayo, cuya sucesión es la demandada. No encuentra la Sala que esta conclusión del Tribunal sea equivocada porque lo que en ella se afirma es lo que aparece de los términos muy claros y precisos de la demanda, transcrita en lo pertinente, en que se fijan y determinan el nombre y calidad de las partes litigantes. Allí se dice inequívocamente que se demanda a la sucesión intestada e ilíquida de León Tamayo, representada por sus herederos Florentino, Miguel y Luis Antonio Tamayos, y esta expresa declaración, que rige todos los pedimentos principales y subsidiarios del libelo, no se modifica en el cuerpo de la demanda, en que, al contrario, aparece ratificada y confirmada en los sucesivos pedimentos consecuenciales, en algunos, con la frase "que así mismo están obligados..." (letra D), o repitiendo categóricamente "que se condene a los demandados Florentino y Miguel Tamayo, en su

carácter de representantes de la sucesión de León Tamayo..." (letra M). Esta forma inadecuada del libelo, vicio original del pleito, es cosa tan visible que ha sido el eje en que se sustentan las dos decisiones de instancia.

La calidad jurídica de representantes hereditarios de su padre en que exclusivamente fueron demandados los prenombrados Florentino y Miguel Tamayo, es aceptada, por otra parte, tanto por el recurrente en casación al decir, en referencia a ésto, que las palabras de la demanda traicionaron la intención de quien la propuso, como por el demandante mismo, en el siguiente párrafo de su alegato ante el Tribunal, en el que, después de citar una jurisprudencia impertinente de esta Sala, dice:

"Conclusión: que aun cuando se demandó a la sucesión de don León Tamayo, representada por sus hijos Florentino, Miguel y Luis Antonio Tamayos, esa circunstancia no tiene trascendencia alguna ni por ello puede deducirse que dichos señores no quedaron incluídos como demandados personales y directos...".

Es verdad que Florentino y Miguel Tamayo sí figuran cómo demandados, según lo afirma el recurrente, pero esto no ha sido negado ni desconocido por el Tribunal. Lo que la sentencia dice exactamente es que han sido demandados malamente porque lo fueron, no personalmente como han debido serlo, al propio tiempo, sino sólo como herederos representantes de la sucesión paternal. Y éstas son dos situaciones jurídicas distintas, dos posiciones procesales diferentes, que el sentenciador consideró de indispensable coexistencia en la demanda para englobar todo el fenómeno de la simulación relativa que se propuso a su decisión.

El pretendido error de hecho en la apreciación de la demanda se funda, pues, no en el desprecio que el sentenciador hiciera de sus términos textuales, sino más propiamente en haber emitido el Tribunal una labor de interpretación de ese libelo en busca de la verdadera intención del demandante, y por eso se citan las doctrinas jurisprudenciales en que esta Sala ha dicho que los juzgadores tienen, en cierta medida, facultad interpretativa de las demandas para descubrir las auténticas bases de la controversia. Pero esta facultad, como es obvio y como lo impone nuestro sistema procesal, no puede moverse en campo ilimitado y arbitrario y no procede sino en casos en que los términos en que aparezca concebida la demanda permitan esta labor exegética que de ningún modo puede llenarse hasta la desestimación de sus declaraciones categóricas. Se ha autorizado con este sentido y este alcance en casos, por ejemplo, de equivocada denominación de la acción o error en la cita de preceptos legales en que se diga fundarla cuando el derecho en realidad existe bajo otras denominaciones y siempre que las circunstancias de hecho y los llamados presupuestos procesales hayan quedado adecuadamente establecidos en la demanda, base de la litis y pauta de la sentencia. No procede, por tanto, esta restringida facultad interpretativa en ocurrencias como la que hoy ocupa la atención de la Sala, porque de aceptarla en los términos en que pretende el recurrente, equivaldría ni más ni menos que a una corrección de la demanda ante la Corte y en punto de tan vital significación e importancia como es la determinación de la calidad o situación jurídica en que ha sido emplazado el demandado para que así responda y se defienda de las pretensiones de su demandante. Esta es una de las bases esenciales de la relación jurídico-procesal, que no admite alteración de ninguna especie sin que se quebrante el derecho de defensa del reo que ha enfrentado el litigio y se ha defendido en esa posición. Es acertado decir, para alinderar debidamente la facultad judicial de interpretación de las demandas, que cuando sean claras aun cuando sean descaminadas, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, como dice el Código tratando de la interpretación de la ley.

Lo dicho da fundamento para rechazar el cargo de violación legal por error de

hecho en la apreciación de la demanda porque de su contexto no aparece manifiestamente la evidencia contraria a la convicción del Tribunal acerca de la cuestión de que se ha tratado.

Por tanto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la Repbúlica de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia definitiva proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 6 de marzo de 1941, que ha sido materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la "Gacenta 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.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR PRETENDIDA SIMULACION. — APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA POR EL SENTENCIADOR

1. En lo indicial debe distinguirse entre el hecho constitutivo del indicio, el hecho constitutivo de la deducción que de él se deriva y la hilación o conexión que entre los dos se establece para reputar demostrado el segundo en virtud de la comprobación del mismo. Lo que ha solido llamarse soberanía de los Tribunales en la estimación de las pruebas, se conserva en la ley con las atenuaciones que corresponden a la posibilidad de que el quebranto de disposiciones sustantivas provenga de error en su apreciación, el que puede ser de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, o de derecho. Es así como se sostiene la diferencia, sobre la cual siempre ha velado el legislador, entre la casación y la instancia. Si, por ejemplo, a un indicio o conjunto de indicios el juez encuentra o niega su fuerza demostrativa de cierto hecho, bien puede el Tribunal concordar o discordar y, consiguientemente, confirmar o revocar lo que sobre esa base el Juez haya decidido. Pero en el recurso de casación, que no es una tercera instancia, la Corte no puede proceder con la sentencia del Tribunal como éste con la del Juzgado amplia y libremente, sino que ha de ceñirse a los límites aludidos. (C. J., artículo 520, motivo 1º, inciso 2º). La redacción de los artículos 663, 664 y 665 del C. J. corrobora el concepto de la soberanía de los Tribunales en la labor de orden psíquico encaminada a pesar la fuerza de cada indicio y la del conjunto de ellos en relación con su alcance probatorio respecto del hecho que de ellos ha de derivarse o se pretende derivar. 2. El artículo 1147 del C. C. distinguiendo entre condición y modo, hace ver que en la signación testamentaria modal el asignatario hace suyo del respectivo objeto de ella, y conforme al artículo 1550, esa disposición es aplicable a las obligaciones, y también lo es el artículo 1148. 3. La acción que establece el artículo 1325 del C. C. la confiere al heredero contra terceros y consiste en capacitarlo para reivindicar las cosas hereditarias que hayan pasado a éstos, es decir, que por no estar ya en manos del heredero putativo no hayan podido recuperarse por el verdadero en su acción de petición de herencia.

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

La señora Dolores Espinosa, viuda de Zúñiga, demandó ante el Juez del Circuito de El Cocuy al doctor Juan de Jesús Zúñiga para que se le declare obligado a otorgarle escritura de tradición de los bienes que a éste vendió José Antonio Zúñiga por instrumento número 182, otorgado el 29 de mayo de 1931 ante el Notario 2º de allí, "devolviéndole así —dice la demanda— los bienes que, mediante un acto de confianza o especie de fideicomiso, quiso dejarle antes de morir su finado cónyuge José Antonio Zúñiga"; y subsidiariamente para que se declare absolutamente nulo el contrato recogido en aquel instrumento y su nota de registro, "por simulación, falta de causa y objeto lícitos, ya que no se pagó realmente el

precio que allí se indica ni se han entregado las cosas materia de la pretendida enajenación, en forma material, al pretendido comprador", fincas cuya posesión mantiene la demandante. Pide como consecuencia, ya de la acción principal, ya de la subsidiaria, las costas procesales e indemnización de perjuicios, singularizándolos con la frase "que se me ocasionen por razón de esta litis".

El Juzgado pronunció el 30 de noviembre de 1939 sentencia absolutoria y el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo la confirmó el 24 de octubre de 1941 en fallo contra el cual la demandante interpuso casación, recurso que por estar ya debidamente tramitado, pasa a decidirse.

Antes de analizar los cargos formulados en la demanda de casación, es preciso adelantar las siguientes reflexiones.

La situación del caso, tal como la presenta el libelo inicial, señala para la demanda principal una acción que incuestionablemente asiste a la persona de la actora; pero en la demanda subsidiaria, no: al invalidarse una compraventa los bienes materia de ella vuelven a su estado anterior que, en este caso, significa el dominio de la sociedad conyugal disuelta con la muerte del vendedor o de la sucesión de éste, según esos bienes fueran sociales o propios de él; de suerte que la acción respectiva asiste a la sociedad conyugal o a la sucesión. Y la señora Espinosa demanda por sí y para sí y en manera alguna en nombre de tales entidades o para ellas o, por mejor decir, de aquélla de las dos cuyos fueran los bienes al otorgarse la citada escritura.

Esto justifica, en lo atañedero a la demanda subsidiaria, la excepción de carencia de acción que halló y declaró el Juzgado y acoge el Tribunal, así como la consiguiente abstención de entrar en el fondo, que fue el proceder del Juzgado.

El Tribunal, a pesar de hallar la excepción y declarándolo así, entró en el fondo analizando las pruebas para concluír que las hallaba insuficientes, esto es, que no acreditan la simulación de donde la demandante deriva la nulidad cuyo decreto solicita.

Naturalmente los más de los cargos en casación versan sobre la apreciación de las aludidas pruebas. La Corte habrá de estudiarlos, no en fuerza de esta situación que es, por decirlo así, circunstancial, sino principalmente porque aquella excepción no reza con la primera súplica de la demanda, la cual corresponde, como ya se dijo, a la demandante en persona, siendo así que ella sostiene que el propósito que el vendedor tuvo al otorgar aquel instrumento fue el de que el comprador traspasara esos bienes al actual demandante.

De otro lado, en lo que hace al estudio de las pruebas y al de los cargos de error de apreciación que se formulan en el recurso, se anticipan estos conceptos generales:

Como se verá adelante, esos cargos ante todo se cifran en que el Tribunal no dio a los varios indicios acreditados con tales pruebas la fuerza que en concepto del recurrente tienen, bastante a demostrar plenamente la simulación.

Como es sabido, en lo indicial debe distinguirse entre el hecho constitutivo del indicio, el hecho constitutivo de la deducción que de él se deriva y la hilación o conexión que entre los dos se establece para reputar demostrado el segundo en virtud de la comprobación del primero.

Lo que ha solido llamarse soberanía de los Tribunales en la estimación de las pruebas, se conserva en la ley con las atenuaciones que corresponden a la posibilidad de que el quebranto de disposiciones sustantivas provenga de error en esa apreciación, el que puede ser de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos o de derecho. Es así como se sostiene la diferencia, sobre la cual siempre ha velado el legislador, entre la casación y la instancia.

Si, por ejemplo, a un indicio o conjunto de indicios el Juez encuentra o niega su fuerza demostrativa de cierto hecho, bien puede el Tribunal concordar o discordar y, consiguientemente, confirmar o

revocar lo que sobre esa base el Juez haya decidido. Pero en el recurso de casación, que no es una tercera instancia, la Corte no puede proceder con la sentencia del Tribunal como éste con la del Juzgado amplia y libremente, sino que ha de ceñirse a los límites aludidos (C. J., artículo 520, motivo 1º, inciso 2º).

En sentencia de 9 de abril del año en curso, en pleito sobre perjuicios seguido por Rafael Jiménez contra Rafael Duque, se estudió entre otras cosas la culpa que a éste atribuía aquél como fuente de la obligación de indemnizárselos, culpa que no halló probada el Tribunal, lo que motivó en casación el cargo de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas con que el demandante recurrente creía haberla acreditado. El fallo del Tribunal no se casó y el citado de 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 éste error de derecho o 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 cierto hecho y el Tribunal sentencia desconociéndolo o cuando ellas no lo establecen y el Tribunal sentencia en forma que implica que está demostrado, es cuando incurre en el error a que se refiere la ley para establecer causal de casación si de él se ha derivado quebranto de disposiciones sustantivas. En el presente caso el Tribunal pesó las diversas pruebas que obran en el proceso: de un lado, las que cita ahora la demanda de casación en su cargo de error al apreciarlas, y de otro las ya aludidas...".

Cuando entre el hecho indicio y el hecho que se investiga hay una correspondencia tal que existiendo el uno no puede menos de existir el otro, se tiene la plena prueba que a ese indicio, llamado en tal caso **necesario**, declara el artículo 663 del C. J. El artículo 664 permite que tenga esa fuerza una sola presunción cuando sus caracteres de graveded y precisión son sufientes para formar el convencimiento del Juez; pero advirtiendo que ello es **a juicio** de éste. El artículo 665 dice cuando, por regla general, y en qué condiciones varios indicios no necesarios forman plena prueba y al efecto exige, entre otras cosas, que concurran a demostrar, **sin lugar a duda**, la verdad del hecho controvertido.

Así, la redacción misma de estas disposiciones corrobora el concepto de soberanía de los Tribunales en la referida labor de orden psíquico encaminada a pesar la fuerza de cada indicio y la del conjunto de ellos en relación con su alcance probatorio respecto del hecho que de ellos ha de derivarse o se pretende derivar.

En varios capítulos expone con toda claridad el recurrente sus cargos contra la sentencia del Tribunal, todos éstos dentro del motivo 1º de los del artículos 520 del C. J., en sus varias faces.

Como atrás se insinúa, los más de ellos versan sobre error en la apreciación de las pruebas, que son: la constancia que obra en el instrumento de compraventa de que el vendedor se reserva el usufructo vitalicio de los bienes vendidos, la minuta escrita por el comprador contentiva de su obligación de transferir esos bienes a la demandante, las declaraciones de testigos sobre que esa fue la intención de vendedor y comprador al proceder a dicha escritura, la inferioridad del precio declarado en ésta en comparación con el que a los mismos bienes asigna el avalúo peri-

cial practicado como prueba, la carencia de recursos o pobreza del demandado a la época del contrato.

Esos cargos de error que son de derecho o de hecho o de ambas clases, de conformidad con la exposición detallada que formula el recurrente en los varios capítulos aludidos, se consideran en seguida así:

Desde el punto de vista global, se encuentra que la sentencia no desestima ninguno de estos elementos, sino que no deriva de ellos la simulación. Esto indica que se la acusa en forma que en casación no tiene cabida por lo expuesto ya sobre fuero del Tribunal a este respecto.

Desde un punto de vista que singularice aquellos elementos, se tiene que el cargo no puede prosperar, por estas razones:

El Tribunal diserta sobre la reserva del usufructo que haga un vendedor y, sin negar que ella sugiere en lo general simulación, dice que no puede extremarse esta opinión al punto de que la reserva haya de tenerse por prueba de ello. Se agrega que en el presente caso median circunstancias que concurren a impedir esa conclusión, como son la ancianidad y enfermedad del vendedor que permitían al comprador aquella concesión sin mayor quebranto y, además, el tratarse de compraventa entre padre e hijo.

La minuta aludida, cuyo original forma los folios 18 y 19 del cuaderno 2º, contiene efectivamente la expresión de la obligación del comprador cuyo cumplimiento hoy le exige la demandante, y a más de que un experticio hace ver que está escrita de puño y letra del comprador, puede decirse que éste así lo confiesa al absolver posiciones. Pero el Tribunal no desconoce ninguno de estos detalles, sino que no encuentra en ello la prueba de la simulación, porque advierte que, si en los términos consignados en la minuta pudo pensarse o efectivamente, según ella, es de reputarse que así pensaron los Zúñigas, ello fue en esa iniciación del negocio; pero, como la escritura quedó redactada y suscrita en forma que en manera alguna contiene la susodicha obligación, no puede darse ésta por pactada, ya que, como es obvio y constante, en el lapso transcurrido desde que se inicia hasta que se cierra un contrato, ocurren modificaciones.

Varios testigos declaran sobre que la intención de los contratantes fue la que la demandante sostiene; pero el Tribunal hace el reparo de que no declaran los más de ellos por propias percepciones, sobre hechos percibidos por sus sentidos, que es lo que corresponde en ley a la prueba testimonial, sino sobre opiniones propias o ajenas. Y añade que otros testigos declaran en contrario.

Otro tanto acontece con las declaraciones de testigos sobre pobreza del comprador. Y en cuanto a las cartas de él aducidas con el fin de probarla, en las que pide recursos a personas de su familia, el Tribunal no las desecha ni las pasa por alto, sino que no les da la calidad de plena prueba, entre otras razones porque el actual demandado arguye que los recursos que así obtenía los ahorraba y si, pequeños uno a uno, formaron con el tiempo suma relativamente apreciable y para sostenerse en su modesta vida de estudiante le bastaba el sueldo que devengaba en el plantel en que estudiaba, en el cual tenía alojamiento.

El Tribunal no niega que un precio reducido pueda sugerir simulación, sino que no halla esa circunstancia como prueba suficiente, y además observa que el avalúo pericial obtenido en el curso del juicio no puede servir de base con aquel fin, porque se refiere a la época presente y no a la del contrato. Se añade que ese avalúo no descontó lo correspondiente al usufructo que se reservó el vendedor, deducción obligada al referir el avalúo al día del contrato, por más que hechos posteriores demostraran la corta duración del usufructo por ser breve el lapso transcurrido de la fecha de la escritura a la muerte del usufructuario.

El recurrente arguye que ese experticio se decretó tal como se había pedido y que al pedirlo se indicó que las fincas se ava-

luaran en relación con la fecha del contrato, y de ahí deduce que así debe entenderse rendido; pero al releerlo no se le encuentra en su redacción nada que indique esa referencia excepcional a fecha distinta que aquélla en que los peritos vieron los bienes y los justipreciaron. No se desoyó, pues, el C. J. en sus artículos 721 y 722.

En cuanto a las declaraciones de testigos, el proceder del Tribunal está respaldado por los artículos 697 y siguientes de esa obra, en especial el 702.

Más todavía: el Tribunal advierte respecto de cada uno de esos elementos que, aún probados en sí los hechos respectivos, no darían ni aisladamente ni en su conjunto la plena prueba de la simulación, y este concepto bastaría hasta para ahorrar el estudio de tales pruebas, en razón de la doctrina y disposiciones legales sobre indicios ya citadas y de que, por otra parte, ninguno de los aducidos tiene la calidad de necesario.

Lo dicho hasta aquí obliga a rechazar los cargos, porque justifica el concepto del Tribunal, tanto al decir que la demandante carece de la acción sobre nulidad, tal como se presenta la demanda, cuanto al estudiar las pruebas pertinentes a esa acción cual si esa excepción no lo impidiera.

Pasa a estudiarse lo atinente a la demanda principal y a los cargos directa o indirectamente relacionados con ella.

De ellos en primer lugar es el de violación de los artículos 1147, 1550, 1945, 1603 y 1618 del C. C. por haberlos dejado de aplicar, en cuanto se contrató sometiendo al comprador a un modo y el Tribunal no lo obliga a cumplir el contrato y desconoce que se pactara el modo tan sólo porque no consta expresamente en la escritura.

En este sentido acusa al Tribunal porque razone dentro de la idea de que la demandante plantea un fideicomiso.

Se considera:

La expresión "una especie de fideicomiso" la emplea la demandante al formular la parte petitoria de su demanda principal, como ya se dijo y se lee al folio 5 f. del cuaderno 1º De ahí que el Tribunal echara menos el título constitutivo debidamente registrado que se requiere conforme al artículo 796 del C. C.

Pero el Tribunal no se limitó a esta exigencia ni fundó su negativa en no haberse acreditado así el fideicomiso afirmado por la demandante, sino que entró a estudiar en el fondo la solicitud y si absolvió al demandado fue porque no halló comprobada la obligación que la demanda le atribuye.

El artículo 1945 autoriza la agregación al contrato de venta de cualesquiera otros pactos accesorios lícitos, y el Tribunal no niega esta autorización, sino que no halla comprobado el pacto de que la demandante deriva su pretensión; no puede, pues, decirse que violara esa disposición legal; tampoco que quebrantara el artículo 1603 que obliga a la ejecución de buena fe de todo contrato y por lo mismo a cumplir lo que rezan, lo que por su naturaleza emana de ellos y lo que por ley les pertenece, y el Tribunal, sin negar ésto, se limita a no condenar al demandado a cumplir una obligación de la cual no se demuestra que él la haya contraído; y del propio modo, no hallando el Tribunal comprobado que el querer de los contratantes fuera distinto del que consigna la escritura, no se vio siquiera ante la discrepancia contemplada por el artículo 1618 entre la intención y la letra, lo que vale decir que no lo ha quebrantado.

El artículo 1147, distinguiendo entre condición y modo, hace ver que en la asignación testamentaria modal el asignatario hace suyo del respectivo objeto de ella, y conforme al artículo 1550, esa disposición es aplicable a las obligaciones, y también lo es el artículo 1148, según el cual el incumplimiento del modo no pone al asignatario en la obligación de restituír la cosa asignada sino en el excepcional evento de haber puesto el testador cláusula resolutoria expresamente. No son, por tanto, admisibles estos cargos.

Violación de los artículos 1757 del C.

C. y 93 de la Ley 153 de 1887, porque el Tribunal exigió que precisamente constara en la escritura, para poder reconocerla, la obligación modal cuyo cumplimiento se demanda.

Este cargo es también inadmisible, porque para lo que el Tribunal exigió tal solemnidad fue para el fideicomiso de que habla la demanda, y en esto lo respalda el citado artículo 796.

Violación de los artículos 2° de la Ley 50 de 1936 y 664 a 667, 1230 a 1238, 1325, 1795 y 1806 del C. C., por haberle negado derecho a la señora Espinosa para demandar la nulidad y desconocer el interés de ella en la sociedad conyugal disuelta con la muerte de su marido y en la sucesión de éste.

Se considera:

El Tribunal anota que se ignora si los bienes en cuestión pertenecían a la sociedad conyugal o eran propios del marido cuando éste otorgó la citada escritura de 1931, y advierte que para entonces no regía aún la Ley 28 de 1932, sino el Código que daba al marido la jefatura de la sociedad y que para ante terceros identificaba esos patrimonios.

No se ve cómo se quebrantara el artículo 1795 que establece presunción en favor de la sociedad en el sentido de que a ella pertenece cuanto al disolverse exista en poder de cualquiera de los cónyuges, porque los bienes de que se trata los había enajenado el marido antes de esa disolución.

Los artículos 1230 a 1238, relativos a porción conyugal, no se ve tampoco cómo se viciaran, porque, si es verdad que la porción conyugal ha de ser, en ciertos casos, una cuota hereditaria, de suerte que entonces el cónyuge como heredero pueda hablar en nombre de la sucesión, ello es que no fue así como formuló la demanda inicial de este juicio.

No dice el recurrente ni se advierte cómo la sentencia viole los artículos 664 a 667 que clasifican las cosas incorporales en derechos reales y personales y los definen y que da a los derechos y acciones la calidad de muebles o inmuebles, según la cosa respectiva.

Cuanto al artículo 1325, para reconocer que ni lugar hubo a quebrantamiento basta observar que la acción que establece la confiere al heredero contra terceros y consiste en capacitarlo para reivindicar las cosas hereditarias que hayan pasado a éstos, es decir, que por no estar ya en manos del heredero putativo no hayan podido recuperarse por el verdadero en su acción de petición de herencia.

Y si, por otra parte, el Tribunal estudió las probanzas y avocó el problema de fondo, procediendo a ello cual si no hubiese echado menos el interés de la demandante en su demanda incoada en nombre propio, no puede decirse que quebrantara el artículo 2° de la citada Ley 50 de 1936.

El artículo 1934 del C. C. se dice violado porque el Tribunal pone de presente l a declaración de haberse pagado el precio contenida en el citado instrumento para advertir que según esa disposición ésta no puede desvirtuarse sino tal como ella indica. El cargo consiste en que esa disposición se refiere a los terceros y en que no lo es aquí la demandante.

Ocurre pensar si ante los derechos de ella efectivos o posibles en la sociedad conyugal y en la sucesión de su marido, que fue el vendedor, no se la pueda considerar como tercero, o si, por el contrario, sí lo sea, demandando en nombre propio y tratándose de compraventa no celebrada por ella de bienes que no son propios de ella; pero no interesa decidir sobre este punto, porque la respuesta no incide en casación, cualquiera que sea, desde luego que en el supuesto de ser favorable a la tesis de la recurrente, eso significaría que el artículo 1934 no viene al caso, lo que haría desaparecer el argumento que en él se funda; pero dejaría en pie todos los demás soportes que sostienen el fallo recurrido.

Habiéndose afirmado que el demandado recibió también de su padre otros bienes con cargo de transferírselos a ciertos destinatarios, que eran sus hermanos

Julia y Pedro, con los cuales sí cumplió ese deber, el Tribunal al referirse a este tema anota que no se han demostrado con las respectivas escrituras estas transferencias; y de ahí deduce el recurrente el cargo de error de hecho en la apreciación de la declaración del testigo Juan de la Cruz Gómez al afirmar que sus servicios de Notario se le solicitaron por los interesados para uno de esos actos de restitución.

Se rechaza el cargo. Aunque el solo dicho de Gómez, que es lo que obra en autos, acreditase que era Notario y que se le pidió su intervención como tal, no quedaría suplida la falta de las escrituras públicas. Además, el solo hecho de solitar esos servicios no comprueba una simulación, menos aún si se piden para otorgar escritura distinta y entre personas distintas de las que en el pleito se trata.

El recurrente se detiene a demostrar la admisibilidad de la prueba testimonial por haber el principio de prueba por escrito consistente en la minuta de que ya se habló. No se ve el motivo para ello, porque el Tribunal no echó menos ese elemento para admitir la prueba de testigos.

A medida que los casos han ido dando ocasión al efecto, esta Sala ha estudiado lo tocante a cuándo es de exigirse y cuándo no y a quién la prueba escrita o el principio de prueba por escrito, de conformidad con las reglas generales y con las excepciones que establece la Ley 153 de 1887 en sus artículos 91 a 93.

Se acusa de violación por falta de aplicación de los artículos 1494, 1502, 1508, 1510, 1512, 1515 y 1524 del C. C. y sus concordantes, en cuanto el Tribunal dejó de ver en la compraventa en cuestión los indicios que la afectan que son falta de consentimiento, causa y objeto, así como el dolo del comprador al hacerle creer a su padre que entregaría a su madre los bienes que con esta promesa obtuvo de él, y la creencia de cada uno de los Zúñigas en un contrato diferente, sobre lo cual el cargo vuelve a la diferencia entre fideicomiso y modo para censurar que no se haya visto un modo en la obligación que dice asumió el comprador y cuyo cumplimiento exige la demanda.

Estos cargos quedan rechazados en el estudio hecho hasta aquí, el que hace ver que, no prosperando la acusación sobre apreciación de pruebas, no puede producirse la violación de disposiciones cuya procedencia y aplicación requieren la demostración de los aludidos hechos.

El cargo final, que es de violación de la ley, se hace consistir en que, "estando, como lo está, probada la simulación del contrato, el Tribunal ha debido declararla". Se rechaza, por la misma razón, esto es, porque el análisis de los cargos precedentes pone en claro que no hay lugar a infirmar la negativa de esa simulación a que llegó el Tribunal, por no hallarla comprobada, concepto que la Corte no puede corregir.

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

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.

RECURSO DE HECHO PARA OBTENER EL DE CASACION

La sentencia del Tribunal que revoca la definitiva del Juez es también sentencia definitiva y no puede hacerse por un simple auto interlocutorio, porque la ley no autoriza o permite, pues ya no rige el art. 29 de la Ley 169 de 1896.

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

En el juicio ordinario sobre reivindicación de un terreno, promovido ante el Juez 3º Civil de este Circuito por la señorita Elina Lozano Lozano contra los señores Arnaldo y Arnulfo Ramírez Espinosa, pronunció dicho Juez la sentencia condenatoria de fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta.

De ese fallo apeló la parte demandada, y concedido el recurso subió el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en donde agotada la tramitación de segundo grado y dictado el auto de citación para sentencia, se profirió, en forma de auto interlocutorio, la providencia fechada el once de mayo del presente año, cuya parte resolutiva dice:

"En tal virtud, el Tribunal, en Sala de decisión, REVOCA la sentencia apelada para el solo efecto de que por el señor Juez a quo se entre a dictar nuevamente el fallo que corresponda, teniendo en cuenta las observaciones consignadas en este proveído".

Se fundó el Tribunal, para dictar la aludida providencia, en que los demandados propusieron en la primera instancia la excepción de prescripción, respecto de la cual, no obstante haberla estudiado el Juez en la parte motiva de su sentencia, nada dijo en la resolutiva, y en que igual cosa sucedió en relación con la petición segunda de la demanda, por lo cual estimó que dicho fallo es incompleto.

Contra la indicada providencia del Tribunal interpuso oportunamente recurso de casación el señor apoderado de la demandante, recurso que el Tribunal, en auto del veintidós del citado mayo, declaró que "se abstiene de considerar", apoyándose en que es improcedente, porque "en el presente caso no se ha dictado sentencia de segundo grado, toda vez que la Sala se limitó a revocar la de primera instancia, por medio de un auto interlocutorio y para el solo efecto de que entrara a dictarse teniendo en cuenta las observaciones que allí se consignaron". De este auto pidió reposición el señor apoderado de la demandante y en subsidio solicitó que se le expidiera copia de las piezas pertinentes para ocurrir de hecho ante la Corte.

El Tribunal negó la reposición y ordenó expedir la copia solicitada, con la cual y con memorial del 20 de junio último, presentado en tiempo hábil, se ha ejercitado el recurso en forma legal.

Para resolver se considera:

Aunque el Tribunal dio a la providencia sobre que versa el recurso la forma y denominación de auto interlocutorio, es lo cierto que conforme a las disposiciones pertinentes del actual Código Judicial tiene calidad y fuerza de sentencia definitiva, toda vez que por medio de ella se revocó el fallo de primera instancia, cosa que no puede hacerse por un simple auto interlocutorio, porque la ley no lo autoriza o permite, pues ya no rige el artículo 29 de la Ley 169 de 1896, ni en el caso de estudio el inferior pretermitió alguna formalidad indispensable para fallar. Por tanto, la Corte toma la indicada providen-

cia como sentencia definitiva para traerla a su jurisdicción, máxime cuando el haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia constituye el 7º de los motivos de casación señalados en el artículo 520 del C. J., lo cual da lugar al procedimiento indicado en el artículo 540 de allí.

De consiguiente, el recurso de casación es procedente, por el aspecto indicado, y el Tribunal ha debido resolver si lo concedía o denegaba, y no declarar, como declaró, que se abstenía de considerarlo, porque esa fórmula no se ajusta a las normas legales.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

Primero.—Estímase mal denegado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el recurso de casación interpuesto por el señor apoderado de la demandante contra la sentencia dictada en el juicio de que se ha hablado, por dicha entidad, con fecha once de mayo del presente año, por no ser legales las razones en que se fundó la negativa. En consecuencia, se admite el recurso de hecho de que se ha venido tratando.

Segundo—El Tribunal deberá, por tanto, estudiar y resolver si el recurso de casación es procedente por los demás aspectos señalados en la ley (artículo 519 del C. J.), teniendo en cuenta que el recurso fue interpuesto en tiempo y que por el extremo estudiado aquí debe concederse.

Con el objeto indicado envíese copia de esta providencia al mencionado Tribunal.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

PERJUICIOS

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

(Magistrado ponente: doctor Isaías Cepeda)

El 6 de julio de 1938 la señorita Benilda Morales, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria contra el Municipio de Bogotá, en la cual pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que el Municipio es civilmente responsable para con mi poderdante, Benilda Morales, de los daños hechos en el inmueble de propiedad de ésta, situado en la Calle veintidós (22) de esta ciudad, distinguido en sus dos puertas con los números diez-treinta (10-30) y diez-treinta y seis (10-36), comprendido. junto con el local que lleva este último número, por los linderos que allí se indican.

"Segunda—Que, como consecuencia, se condene al Municipio de Bogotá, en la misma sentencia, a pagar a favor de mi poderdante Benilda Morales, mayor y vecina de Bogotá, dentro del término de ley, la totalidad de la indemnización que corresponda por los daños así causados en el inmueble de que se trata, esto es, que se le condene al pago de los perjuicios (indemnización total), en los conceptos de daño emergente y lucro cesante, provenientes de los daños de que se trata, así: a la suma de seis mil pesos ($ 6.000) moneda corriente, por concepto de daño emergente, a la de dos mil pesos ($ 2.00), por concepto de lucro cesante; a la de los demás perjuicios que siguieren ocasionándose por la causa anotada, hasta el pago pleno de la indemnización, y, por último, al pago de los intereses legales de la suma a que ascienda la indemnización, liquidados desde el 1º de enero del año en curso, o desde el día en que se causaron los daños de que se trata, según quede acreditado en la actuación.

"Tercera: Subsidiariamente pido que en la sentencia se condene al Municipio de Bogotá a pagar a favor de mi poderdante Benilda Morales, la cantidad total a que ascendieren los perjuicios ocasionados y que se llegaren a comprobar en el curso de la presente actuación, o en las diligencias ulteriores a que dé lugar la ejecución del fallo que aquí ha de ser proferido".

Admitida la demanda y agotada la tramitación de primer grado, el Juez del conocimiento, que fue el 2º Civil de este Circuito, decidió el pleito por sentencia de fecha quince de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, así:

"Primero: El Municipio de Bogotá es civilmente responsable de los perjuicios causados a la señora Benilda Morales G. en la casa de propiedad de ésta, situada en la calle 22, números 10-30 y 10-36 de la nueva nomenclatura, perjuicios o daños ocasionados por la construcción del colector de dicha vía, según se ha visto en la parte motiva de esta decisión.

"Segundo: Consecuencialmente condénase al Municipio de Bogotá a pagar a la nombrada Benilda Morales G. la indemnización plena de tales daños y perjuicios, cuya cuantía será establecida en ejecución de esta sentencia, en la forma señalada por el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta todas las pruebas que figuran en el expediente, pero sin que el monto de tal indemnización exceda de las partidas que se estimaron en la demanda.

"Tercero: Absuélvese al mismo Municipio por los demás cargos que se le formulan.

"No se hace condenación en costas".

De este fallo apeló el señor Personero Municipal y subido el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y cumplida allí la actuación correspondiente, esa entidad lo confirmó en todas sus partes, en providencia que lleva fecha de seis de octubre de mil novecientos cuarenta y uno.

Tanto el Juez como el Tribunal estimaron que la deficiencia técnica y la falta de previsión o de cuidado en la construcción del colector de la calle 22, ocasionaron a la demandante, en su propiedad, los daños o perjuicios que pretende hacer efectivos, y que el Municipio es responsable de ellos, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1494, 2341 y 2356 del C. C.

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el representante del Municipio, el cual fue fundado oportunamente por el señor Procurador Delegado en lo Civil, y por hallarse legalmente preparado se pasa hoy a decidir.

Dos cargos formula el recurrente contra el fallo acusado, así:

a) "El Tribunal sentenciador incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas testimonial y pericial, error que lo condujo a la indebida aplicación del artículo 2341 del Código Civil. Paso a demostrarlo:

La acción se ejercitó sobre la base de pretendida culpa en la construcción de la obra del colector. Así lo dice claramente el hecho 8º de la demanda expresado en los siguientes términos:

'Los daños producidos y que motivan esta demanda han sido consecuencia de la imprevisión, falta de técnica o de pericia, y en general, negligencia o descuido de los encargados de la obra varias veces nombrada o de las personas a cuyo cuidado estaba la dirección técnica de la misma obra'.

Ni de la prueba testimonial, ni de la prueba de peritos, producidas en el proceso, puede deducirse que los daños que motivaron la demanda fueron consecuencia de la **imprevisión, falta de técnica o de pericia**, y en general, **negligencia o descuido** de los encargados de la obra o de las personas a cuyo cuidado estaba su dirección técnica".

b) "Ni la presunción de culpa, ni la responsabilidad por actividades de suyo peligrosas, tienen lugar en el caso sub-judice. No la primera porque se trata de una **responsabilidad directa.** No la segunda porque la construcción de la obra pública del colector no puede catalogarse entre las actividades que conllevan peligrosidad en sí mismas, con independencia del concepto de culpa. A pesar de esto, el Tribunal sentenciador aplicó la **presunción de culpa** al caso sub-judice, haciendo referencia a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, los cuales aplicó indebidamente, por cuanto no se trata aquí, como se dijo, de **responsabilidad indirecta** resultante de un hecho ajeno. Cuando una entidad de derecho público obra en función administrativa, por medio de sus órganos, es ella misma la que ejecuta el hecho. No hay entonces dualidad de sujetos. Alego, en consecuencia, indebida aplicación de los artículos 2347 y 2349 al caso del pleito".

Estudio de los cargos

Aparece plenamente demostrado en autos, y no lo niega el recurrente, que la casa de propiedad de la demandante, que se hallaba en perfecto buen estado antes de la construcción del colector de la calle 22, resultó con graves daños después de dicha construcción.

Esto está comprobado con las declaraciones de los señores Angel María Uricoechea, Manuel María Cuartas, Antonio Garzón Morales, Luis Jenaro Guerrero, Pablo Sánchez Bello y Rafael Forero Rodríguez, y los daños ocasionados resultan demostrados de las varias inspecciones oculares que se verificaron con ese fin.

Sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas testimo-

nial y pericial, que lo llevó a la indebida aplicación del artículo 2341 del C. C., porque tales pruebas no demuestran que los daños ocasionados fueran consecuencia de la imprevisión, falta de técnica o de pericia, y en general negligencia o descuido de los encargados de la obra.

No encuentra la Corte aceptable el cargo que se analiza, porque, como se ha dicho, los testimonios citados dan cuenta de que la casa se hallaba en buen estado inmediatamente antes de empezar la obra del colector, y que después resultaron los varios daños que se enumeran detalladamente en las inspecciones oculares de que se ha hablado.

Cuanto a la causa de los daños, se tiene lo siguiente:

El doctor Juan Francisco Velasco, perito de la parte demandante, dijo en su dictamen:

"Los muros de contención laterales de la construcción presentan grietas de gran magnitud, que van a lo largo de éstos de abajo hacia arriba. Tales grietas se inician en la base con apertura de dos centímetros, hasta terminar en la parte alta del segundo piso en líneas, lo cual demuestra claramente el deslizamiento frontal y no lateral del cimiento, y por esta razón el muro frontal o de cargue no sufrió sino pequeños agrietamientos. Bien es cierto que la construcción es de adobe, pero también lo es que de acuerdo con lo expuesto antes, la apertura de las grietas nuevas, que son las de mayor magnitud, el acentuamiento de las otras anteriores y el desprendimiento de la escalera que conduce al segundo piso y en general el destrozo todo de la construcción, no pueden tener otra causa que la excavación profunda hecha al frente de la construcción para el gran colector, pues sin esta causa el material de que está hecha la construcción, aisladamente considerado, adobe reseco de suyo resistente y sobre piso firme, hubiérase sostenido indefinidamente sin daño alguno, como lo demuestran todas las construcciones de su género y las cuales forman casi toda el área edificada de Bogotá, sin que pueda decirse que presenten los destrozos sufridos por la que fue materia de la inspección..... Tomados los informes del caso, he tenido conocimiento de que el sistema de acodamiento se llevó a cabo de la carrera 10 hacia el Oriente únicamente cuando los obreros se dieron cuenta de que se estaban agrietando estas casas, por falta de los codales o apuntalamientos en la cuadra o cuadras anteriores. Por consiguiente, es mi concepto, por todo lo anteriormente expuesto, que sí hubo deslizamiento tanto durante la obra de construcción del colector, como con posterioridad a ella..... De acuerdo con el plano que acompaño y la inspección ocular verificada en la construcción, queda demostrado claramente que los planos de ruptura sí sufrieron alteración, pues no pasaron a un metro de distancia de la casa, como se dice en el punto anterior, sino que pasaron por dentro de las casas, como lo acreditan las grandes grietas de los muros laterales, que son anchas en su base, decreciendo en anchura hasta terminar en una línea en el segundo piso, y la ruptura de los baldosines del piso, de los zaguanes, que concuerdan con las grietas de los muros, determinando así exactamente el plano de ruptura".

El perito tercero, doctor Hernando Bazzani, dijo:

"Las grietas observadas en las paredes transversales son (por su aspecto, por su dirección, por su posición, etc.), consecuencia clara de un descenso uniforme del muro de fachada, debido al hundimiento que sufrieron sus cimientos, hundimiento que fue producido, a su vez, por un deslizamiento del terreno en que estos cimientos fueron fundados".

"No creo que las grietas observadas hayan sido producidas por falta de resistencia de los materiales que integran los muros. Cuando los materiales de que está formado un muro carecen de la resistencia necesaria para tolerar la carga aplicada, el muro falla sufriendo un aplastamiento que generalmente se muestra en su parte inferior. Este aplastamiento se manifiesta de manera claramente dis-

tinta a las grietas observadas en el caso que nos ocupa".

"En la época en que se construyó el trayecto de colector comprendido entre las carreras 7ª y 13, tuve oportunidad de visitar con alguna frecuencia esos trabajos. De modo que no por informes, sino por mi propia observación, considero que las obras de estribación fueron hechas con demasiada economía y por consiguiente deficientes".

"Como consecuencia, del estudio que he hecho de la casa en cuestión, puedo concluír que sí hubo deslizamiento del terreno en que están fundados los cimientos del muro de fachada".

Conforme al dictamen de estos peritos, que es uniforme en sus puntos fundamentales y que, por lo mismo, hace plena prueba, se deduce claramente que los daños sufridos por la casa de propiedad de la demandante tuvieron como causa inmediata y directa el hecho de que la obra del gran colector de la calle 22, que necesitó para su construcción una zanja de cinco metros de profundidad por cuatro de anchura, aproximadamente, se llevó a efecto sin la técnica, la prudencia y el cuidado que requería, pues no se hicieron los acodalamientos o apuntalamientos indispensables para evitar los deslizamientos del terreno, los que, al producirse, como sostienen los peritos que se produjeron, ocasionaron los daños encontrados en la referida casa.

De consiguiente, no incurrió el Tribunal en los errores que el recurrente le imputa, y es indiscutible la responsabilidad del Municipio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1494, 2341 y 2356 del C. C.

Carece asímismo de fundamento el segundo cargo, porque el Tribunal no aplicó los artículos 2347 y 2349 del C. C., que apenas citó incidentalmente, y si los hubiera aplicado sólo habría fundamento para la correspondiente corrección de doctrina, porque los artículos aplicables son, como se ha dicho, los 2341 y 2356 de la citada obra, pero no por ello habría de casarse la sentencia acusada.

En el caso **sub-judice**, demostrado que la construcción del colector de la calle 22 ocasionó los daños que dieron origen al pleito, surge la obligación indemnizatoria a cargo del Municipio, quien ha debido probar, para exonerarse de la responsabilidad correspondiente, que no hubo en la citada construcción falta de técnica, imprevisión, descuido o negligencia, y que los daños mencionados ocurrieron debido a fuerza mayor o a un caso fortuito, que no fue posible prevenir o evitar, pero nada de ello comprobó el Municipio.

Por tanto, se rechaza el cargo, con lo cual queda dicho que el recurso de casación no puede prosperar.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha seis de octubre de mil novecientos cuarenta y uno.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE PAGO DE PERJUICIOS

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

(Magistrado ponente: doctor Liborio Escallón).

Manuel Dolores Muñoz, propietario que fue de la finca denominada "Yambitará", dentro de la cual existe una cantera, finca situada en jurisdicción de Popayán, celebró con Federico Uribe R. y Edgard Simmonds los tres contratos que pasan a relacionarse: a) el de fecha 4 de mayo de 1938 por el cual Muñoz M. vendió a los señores Uribe y Simmonds la cantidad de piedra suficiente para triturar 4,000 metros cúbicos, por un precio total de $ 320. Se estipuló que en caso de venta de la finca, Muñoz M. haría respetar el contrato de extracción de material y que el plazo duraría hasta que los compradores hubiesen descontado el material valor total de la venta; b) el de 17 de octubre de 1938 por el cual Muñoz vendió a los expresados Uribe y Simmonds una cantidad adicional de 5,000 metros cúbicos de material de piedra por un precio total de $ 400; c) el de 24 de marzo de 1939 en que aparece Muñoz vendiendo a los señores Uribe R. y Simmonds otra cantidad adicional de 10,000 metros cúbicos de la misma cantera de "Yambitará" por la suma de $ 1,000.00 pagada en esta forma: $ 300 al contado y $ 700 en una letra girada por los compradores a noventa días vista. En este documento se estipuló que los diez mil metros cúbicos serían señalados sobre el terreno, por medio de mojones o hitos, por los contratantes, incluyendo la porción correspondiente al triturado adquirido anteriormente y que quedara por extraer en la fecha del señalamiento.

Dice así la cláusula cuarta de este último contrato: "Muñoz M. se obliga a hacer respetar este contrato en caso de venta o permuta de la finca donde queda ubicada la mina a cualquiera otra persona o entidad, quedando entendido que en ningún caso podrá disponer de la cantidad de material que pueda deber a Uribe y Simmonds".

Estos señores basados en lo anterior y en el hecho consistente en que el señor Muñoz no cumplió por su parte lo convenido, pues no obstante lo pactado, vendió a Manuel S. Ordóñez & Cº el predio de "Yambitará", sin hacer la debida reserva de los derechos adquiridos por Uribe y Simmonds, venta que consta en la escritura pública 418 de 1º de julio de 1939 de la Notaría de Popayán, lo cual impidió a Uribe R. y a Simmonds, extraer la piedra, los 10,000 metros cúbicos que le habían comprado a Muñoz, demandaron la resolución del contrato por incumplimiento de éste, la devolución o reintegro de los mil pesos que los compradores pagaron al vendedor y la indemnización de perjuicios correspondiente, que los actores estimaron en doce mil pesos.

En sentencia de fecha 4 de diciembre de 1940 el Juez Primero del Circuito de Popayán, hizo las declaraciones impetradas y fijó el monto de la indemnización por perjuicios en la suma de siete mil ochocientos noventa y siete pesos cuarenta y un centavos ($ 7,897.41).

Ambas partes apelaron del fallo, que fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el 10 de octubre del año próximo pasado, con la modificación consistente en reemplazar la condenación numérica en los perjuicios,

decretando que éstos se liquidarán conforme al procedimiento especial que señala la ley.

El apoderado del demandado Muñoz M. interpuso recurso de casación, que hoy pasa a decidirse.

Antes de considerar el recurso la Corte asienta lo siguiente: Los dos primeros contratos mencionados no son materia de la presente acción; es solamente el tercero, el de fecha 24 de marzo de 1939, en que consta la venta de los diez mil metros cúbicos de piedra. La existencia de esos contratos no se discute en los autos y está plenamente establecida, como está establecido que los demandantes pagaron los mil pesos de la compra de los diez mil metros cúbicos al demandado, que éste vendió a Manuel S. Ordóñez B. el predio de "Yambitará", con todas sus anexidades y dependencias sin hacer reserva alguna, venta verificada después del contrato de 24 de marzo de 1939 y según consta de la escritura 418 de 1º de julio de 1939 de la Notaría de Popayán (fjs. 18 a 20 vt. del cuaderno de pruebas del actor) y finalmente que el nuevo dueño de tal predio impidió a los señores Uribe R. y Simmonds extraer el material de piedra que habían comprado a Muñoz M.

El fallador de Popayán teniendo en cuenta los hechos procesales anteriormente expuestos, aplicando el artículo 1546 del C. Civil, considerando que en virtud del contrato de 24 de marzo de 1939 los señores Uribe y Simmonds tenían derecho a la extracción de los 10,000 metros cúbicos de piedra, lo cual no pudieron verificar porque el nuevo propietario señor Ordóñez se opuso a ello y haciendo además hincapié en que el vendedor se comprometió a hacer respetar el contrato con los demandantes aunque el predio pasara a otras manos, dictó la sentencia de que ya se ha hecho mérito.

El recurrente fundado en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial hace varios cargos a la sentencia los cuales pasan a estudiarse.

1º Violación del artículo 1546 del C. Civil por errónea interpretación de la prueba, del contrato, porque para el recurrente, Muñoz entregó los diez mil metros cúbicos de piedra desde el día en que aquél se suscribió y porque, según también el recurrente, los demandantes explotaron y extrajeron material con posterioridad al 24 de marzo de 1939 hasta el 25 de julio del mismo año, fecha de la venta que hizo Muñoz a Ordóñez del predio de "Yambitará".

Se considera: Según el contrato, y ésta es la interpretación y ejecución real de él, al vender Muñoz los diez mil metros cúbicos de piedra a Uribe y Simmonds, daba a éstos el poder y la facultad para extraerlos de la cantera, porque lo que se vendió no fue material ya extraído sino por extraer. Pero está establecido en los autos que los compradores Uribe y Simmonds no pudieron extraer ese material, por un hecho de Muñoz, la venta, sin reserva alguna, que hizo de la cantera a Ordóñez, el cual, como dueño del predio, impidió la explotación, según está comprobado también en autos. Luego un hecho de Muñoz, la venta, impidió esa explotación y violó una de las cláusulas del pacto contractual que lo ligaba con Uribe y Simmonds, a saber: hacer respetar el contrato en caso de venta o permuta de la finca. Deber que no cumplió Muñoz, obligación a que no estaba ligado Ordóñez, por no haber sido parte en el contrato, ni haberse demostrado que tenía conocimiento de éste. Muñoz vendió a Ordóñez el predio de "Yambitará", con todas sus anexidades y dependencias, sin hacer reserva alguna, venta verificada después del contrato de 24 de marzo de 1939 y según consta de la escritura 418 de 1º de julio de 1939 de la Notaría de Popayán. (Fjs. 18 a 20 vto. del cuaderno de pruebas del actor).

No está por otra parte comprobado que los demandantes hubieran explotado y hubieran extraído material con posterioridad al 24 de marzo de 1939 hasta el 25 de julio del mismo año, fecha de la venta que hizo Muñoz a Ordóñez del predio de "Yambitará". Si hubo alguna explotación, se colige de los autos que fue a cuen-

ta de los 5,000 metros cúbicos de piedra del contrato anterior para completar esa cantidad, pero no de los 10,000 metros cúbicos a que se refiere el contrato de 24 de marzo de 1939.

El fallador de Popayán teniendo en cuenta la intención de la demanda, el hecho, alegado por los demandantes, de que Muñoz no cumplió por su parte lo convenido, pues no obstante lo pactado, vendió a Manuel S. Ordóñez & C° el predio de "Yambitará", sin hacer la debida reserva a favor de Uribe y Simmonds, por lo cual éstos quedaron imposibilitados para desprender los diez mil metros cúbicos de la cantera, considerando lo pactado al respecto en el contrato, es decir, la cláusula que ya quedó transcrita, aplicó el artículo 1546 del C. Civil, haciendo hincapié en que el vendedor se comprometió a hacer respetar el contrato con los demandantes aunque el predio pasara a otras manos y no lo cumplió.

Resulta entonces por lo dicho, que el Tribunal de Popayán ni violó el artículo 1546 del C. Civil, antes bien lo aplicó, ni ninguna otra disposición sustantiva por errónea interpretación de las pruebas.

Se rechaza el cargo.

2º Violación del artículo 1536 del C. Civil.

Sostiene el recurrente que la tradición, la entrega de la piedra, quedó sujeta a la condición de que la cantidad de ésta sería cubicada mediante medidas precisas en el terreno y que, como no está cumplida esta condición, la obligación de Muñoz está pendiente. Por no haberlo entendido así se violó, según el recurrente, la norma que acaba de citarse.

La Corte considera: Este cargo está en abierta oposición con el primero y en oposición también al modo como las partes interpretaron el contrato. Por eso en la contestación de la demanda, donde no se propuso siquiera la excepción de estar el pacto sometido a una cláusula condicional, el apoderado del demandante, para defender los intereses de su cliente sostiene que la tradición fue hecha desde el momento en que se firmó el contrato y para respaldar su aserto cita una parte de una cláusula de él. Los interesados no entendieron, ni han entendido que la explotación de la cantera estaba sujeta a ninguna condición, tanto porque en el contrato lo que se dice es que la cantidad (de piedra) será cubicada en la misma mina mediante medidas precisas tomadas sobre el terreno, las que se llevarán a cabo, para la cubicación, observa la Corte, por los interesados, colocando los mojones o hitos que indiquen la extensión correspondiente a los diez mil metros cúbicos. Pero de ese aspecto no aparece que los demandantes no pudieran hacer la explotación sin la medición a que se refiere el recurrente en el recurso ni así las partes interpretaron el contrato, lo cual es de claridad meridiana si se tiene en cuenta que los demandantes estaban explotando la cantera desde 1938, primero para extraer 4,000 metros cúbicos, luégo 5,000 y después 10,000. Por eso el contrato de 24 de marzo de 1939 lo estimaron las partes como una adición del primitivo.

Se rechaza pues este cargo y se observa además que en ningún caso tendría viabilidad en casación porque es un medio nuevo, porque el extremo en que se basa el cargo no fue disputado en las instancias.

3º Violación del artículo 1594 por interpretación errónea y por mala apreciación de la prueba, tanto del documento como de la testimonial. El cargo en esta forma, sin fundamentar el concepto en que consiste la mala interpretación de la prueba, no es eficaz en casación; pero aun cuando lo fuera, no resultaría demostrado, porque no se trata de ninguna obligación con cláusula penal como tampoco condicional. El contrato de 24 de marzo de 1939 ni tiene establecida cláusula penal ni entraña una obligación condicional.

El cargo no puede prosperar.

4º Violación del artículo 754 del C. Civil, por cuanto estima el recurrente que estando los compradores Uribe R. y Simmonds en posesión de la cosa, no había necesidad de nueva entrega.

La Corte observa: Este cargo contra-

dice al primero de la demanda de casación. Al estudiar dicho cargo primero e interpretar el contrato, se vio y explicó que una de las obligaciones de Muñoz era la de hacerlo respetar, a terceros que adquirieran el dominio de la finca donde está la cantera; que no cumplió con esa obligación, y que por eso los demandantes no pudieron extraer los diez mil metros cúbicos de piedra que le habían comprado y pagado a Muñoz.

Y ese es el concepto básico y fundamental de la sentencia recurrida, que no está desvirtuado, de donde resulta que el artículo 754 en que se apoya el cargo no tiene incidencia en el recurso, porque no se trata del fenómeno de la tradición, sino de la imposibilidad en que, por hecho y culpa de Muñoz, quedaron los demandantes para extraer los diez mil metros cúbicos de la cantera de "Yambitará".

La fuente de la responsabilidad es la falta de Muñoz a su compromiso de hacer respetar el contrato en caso de enajenar la finca, y esta falta se halla comprobada. No podría eximirse de ella el demandado invocando el artículo 659 del C. Civil, porque otro fue el modo de estipular, como queda visto, y las partes eran dueñas de convenir en la forma en que contrataron.

Se rechaza el cargo.

5º Violación del artículo 1857 del C. Civil, por cuanto el fallador consideró adicional a los anteriores el contrato de 24 de marzo de 1939.

Observa la Corte: Cualquiera que hubiera sido la apreciación al respecto, no resultaría violada la norma que cita el recurrente, porque el pacto de 24 de mayo en que las partes convinieron en la cosa y en el precio, quedó perfecto, y quedó perfecta la venta desde ese día. El Tribunal consideró que ese contrato contiene la estipulación de venta de diez mil metros cúbicos de material, por un precio determinado, mil pesos, fuera del material vendido por Muñoz a los demandantes por los otros contratos.

Se rechaza el cargo.

6º Violación del artículo 1873 del C. Civil por aplicación indebida, por cuanto el Tribunal, según el recurrente, estimó que el demandado vendió una misma cosa dos veces cuando en realidad la venta fue de diversas cosas: material de cantera a los señores Uribe y Simmonds y el predio de "Yambitará" al señor Ordóñez.

La Corte observa: El Tribunal lo que al respecto dice es que de acuerdo con los artículos 1547 y 1873 del Código Civil el señor Ordóñez debe ser reputado como comprador de buena fe y esto para asentar que los demandantes no tienen acción contra Ordóñez, que se derive del contrato de 24 de marzo de 1939, lo cual es obvio, si se considera que no habiendo hecho Muñoz ninguna reserva en la escritura por la cual vendió el predio de "Yambitará" a Ordóñez, éste no tenía por qué respetar o cumplir las estipulaciones del contrato de 24 de marzo, que regla relaciones jurídicas sólo entre quienes intervinieron en él.

Se rechaza el cargo.

7º Violación del artículo 1551 del Código Civil. Se basa esta acusación, en sentir del recurrente, en que como en el contrato no se señaló plazo para la obligación de Muñoz, habría ésta quedado sujeta a uno tácito, y a la parte demandante incumbiría entonces cuál era el plazo.

Se observa: Muñoz se obligó a no disponer en ningún caso del material que vendió a Uribe y a Simmonds, quienes cuando firmaron el contrato estaban, según se colige de autos, desprendiendo el material del anterior pacto, del de fecha 17 de octubre de 1938, para luégo empezar a extraer los diez mil metros cúbicos vendidos últimamente por Muñoz a los demandantes. El trabajo era por lo tanto sucesivo, pero no pudo realizarse precisamente por haber vendido Muñoz el predio. Quienes debían extraer el material eran los demandantes. Muñoz no debía ni extraerlo ni entregarlo en un plazo determinado a los demandantes, puesto que la obra de la explotación era de car-

go de éstos; la obligación de Muñoz era la de permitir la explotación y por un hecho suyo, no pudo cumplirla.

Se rechaza el cargo.

8º Violación del artículo 1542 del Código Civil. Este cargo debe correr la misma suerte del tercer cargo, por cuanto se basa en el mismo concepto en que se apoya éste.

Se rechaza, pues.

9º Violación del artículo 1624 del C. Civil, porque, reconociendo, como dice el recurrente, como reconoce el Tribunal, que el contrato tiene cláusulas contradictorias y ambiguas, se ha interpretado contra el deudor o demandado y no a favor del mismo.

La Corte observa: La incongruencia que pudo ver el Tribunal no fue sobre las obligaciones de las partes, sino sobre el plazo. El fallador de Popayán tuvo en cuenta la estipulación básica del pacto del 24 de marzo de 1939 o sea: que Muñoz vendió por mil pesos a los demandantes Uribe y Simmonds diez mil metros cúbicos de piedra; consideró que está demostrado en los autos que éstos pagaron el precio y que Muñoz por su hecho y culpa no pudo cumplir con lo pactado. Aplicó entonces los artículos 1618 y 1620 del C. Civil. No se ve que hubiera habido imposibilidad para aplicar esas normas o que no fueran pertinentes, ni se ve tampoco que la cláusula de que se ha hecho mérito sea ambigua. Ella es precisa y al estudiar varios de los cargos de la demanda de casación, aparece de bulto su sencillez y precisión.

Se rechaza el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Las costas son de cargo del recurrente.

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

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

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR PRETENDIDA SIMULACION

De conformidad con el artículo 1873 del C. C., vendida una misma finca raíz a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro. El nuevo o último comprador viene a quedar constituído no en dueño del inmueble, sino en acreedor de su vendedor para el efecto de exigirle el cumplimiento de sus prestaciones bilaterales, de carácter personal. Puede, por consiguiente, acogerse al artículo 1546 del C. C. y optar entre pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con la correspondiente indemnización de perjuicios. De esto se concluye también que el último comprador carece de la acción de inexistencia del pacto por simulación incoada contra el primer comprador o sus causahabientes, por no tener interés jurídico alguno ni como causahabientes a título singular ni como tercero, para impetrarla.

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

(Magistrado ponente: doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1. Por escritura número 183, de 26 de diciembre de 1924, de la Notaría de Aracataca, Luis Fernández Ucrós dijo vender a la señora Ana María Ternera los fundos rurales denominados "El Barzal", de cien hectáreas de terreno cultivadas de pastos artificiales, situado en el municipio de Pivijay, dentro de los linderos allí determinados; y "La Codicia", situado en Fundación, cultivado con pastos artificiales de 400 hectáreas de extensión, con la alinderación que en dicho instrumento se señala.

2. Por escritura número 143, de 13 de agosto de 1935, otorgada en la Notaría 1ª de Ciénaga, el mismo Luis Fernández Ucrós dijo vender a la señorita Zarina Fernández Ucrós, el mismo fundo denominado "La Codicia", por idénticos linderos y con las mismas especificaciones señaladas en el instrumento anterior.

El proceso

Por medio de libelo fechado el 22 de julio de 1936, presentado ante el Juez del Circuito de Ciénaga, Zarina Fernández demandó en juicio ordinario a los herederos de Ana María Ternera, para que se declarara que es absolutamente nulo por simulación el contrato de compraventa contenido en el instrumento público número 183, de 26 de diciembre de 1924, otorgado en la Notaría de Aracataca, que reza una venta de dos fundos llamados "La Codicia" y "El Barzal" y en que figura como vendedor Luis Fernández Ucrós y como compradora Ana María Ternera, causante de los demandados. Como consecuencia de esa petición principal suplicó igualmente que la parte demandada debe restituír el potrero denominado "La Codicia" con sus frutos naturales y civiles, a contar de la celebración del contrato de compraventa que se acusa de simulado; y en subsidio, a contar desde la notificación de la demanda. También suplica condenación en costas en caso de contradicción.

La sentencia de primera instancia, fechada el 5 de diciembre de 1938, declaró la simulación demandada y dispuso que los herederos de Ana María Ternera restituyeran a la actora el predio denominado "La Codicia" y los frutos del mismo, a contar de la fecha de la notificación de la demanda. Consideró el Juez a quo que con la prueba testimonial y la indiciaria presentada por la parte demandante había quedado debidamente establecida la simulación de la compraventa contenida en la escritura número 183, en lo referente a la finca "La Codicia".

La sentencia acusada

Apelado el fallo anterior por el apoderado de la parte demandada y surtidos los trámites de la segunda instancia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta dictó fallo con fecha 21 de mayo de 1941, revocando la sentencia de primer grado y absolviendo en su lugar, a la parte demandada, de los cargos formulados.

Comienza el Tribunal por considerar a la actora Zarina Fernández como parte interesada en la compraventa atacada por simulación en su condición de causahabiente a título singular de Luis Fernández Ucrós, en esa virtud, concluye que para demostrar la simulación de la venta hecha a Ana María Ternera debe exhibir en el proceso una prueba escrita o un principio de prueba por escrito complementado por otras pruebas y demostrativos de la simulación, elementos probatorios que el Tribunal echa totalmente de menos en el juicio.

Pero a juicio del Tribunal, aun aceptándose que la actora doña Zarina fuera no un causahabiente del vendedor sino un tercero extraño al pacto e interesado en la declaración de simulación, también concluye el Tribunal, después de un análisis pormenorizado de todo el haz probatorio, que la susodicha actora no ha logrado comprobar debidamente con la prueba testimonial y la indiciaria que trajo a los autos, la existencia de la simulación del pacto contenido en el instrumento tántas veces mencionado. Hace el Tribunal la advertencia de que habiéndose dicho vender a doña Zarina en la escritura número 183 únicamente el predio "La Codicia", es sobre éste que debe girar exclusivamente este proceso, por carecer la actora de todo interés jurídico para atacar la venta hecha anteriormente de la finca "El Barzal".

El recurso

Interpuso recurso de casación el apoderado de la parte actora y lo funda en el motivo primero de los establecidos en el artículo 520 del C. J., por considerar el fallo del Tribunal violatorio de ley sustantiva, por los varios aspectos que ese texto consagra. Los cargos que formula contra la sentencia acusada pueden resumirse así:

I. a) Violación, por interpretación errónea, de los artículos 1602, 1759 y 1766 del C. C., por cuanto el fallo considera que la actora Zarina Fernández no es un tercero respecto del contrato de venta celebrado entre Luis Fernández Ucrós y Ana María Ternera, mediante escritura número 183 de 1924, de la Notaría de Aracataca.

Agrega el recurrente que Zarina no fue parte contratante ni tampoco causahabiente a título universal del vendedor Fernández Ucrós, sino que lo es a título singular, por compra que le hizo del mismo bien de que trata la venta simulada. Con arreglo a la doctrina de esta Corte y de los tratadistas, no se remite a duda que la actora, en el presente juicio, tiene el carácter de tercero respecto del contrato contenido en la escritura número 183, y al considerar la sentencia que no lo tenía quebrantó las normas legales antes invocadas.

b) Sobre esa base pidió a la demandante pruebas sobre la simulación de las que sólo pueden exigirse a las partes contratantes, con lo cual violó también aquellos preceptos, más el artículo 1767 del mismo código.

c) En la apreciación de la prueba testimonial incurrió el fallador en manifiestos errores de hecho y de derecho, que lo llevaron a violar los artículos 1494, 1502, 1602 y 1857 del C. C., el 697 del C. J., sobre las condiciones de la prueba testimonial, y como consecuencia, los 1759 y 1766 de aquella obra. Sin tales errores la sentencia habría hallado demostrada la existencia de la contraestipulación tocante a una simulación absoluta.

II. El fallador incurrió en manifiesto error de hecho al no haber estimado los documentos que obran en autos y que establecen, ya juntos, ya separados, un principio de prueba por escrito del acuerdo privado relativo a la simulación. Si los hubiera considerado habría hallado ese principio de prueba por escrito, que habría podido igualmente completar con la prueba testimonial. Con ello quebrantó los artículos 91 a 93 de la ley 153 de 1887; el 1776 del C. C. y 593 del C. J.

III. El Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho en la estimación de la numerosa prueba testimonial que arrojan los autos. Por no haber apreciado debidamente esos testimonios se negó a aceptar la existencia de la simulación absoluta en la celebración del contrato de compraventa entre Fernández y la Ternera. Estima violados, por este concepto, los artículos 471, 593, 665 y 697 del C. J.; 665, 726, 823, 826, 762, 981 y 1766 del C. C.

Al estudiar estos cargos, considera la Sala de Casación:

I. Luis Fernández Ucrós vendió a Ana María Ternera, por escritura pública número 183 de 1924, las fincas rurales denominadas "El Barzal" y "La Codicia". Ese instrumento fue debidamente inscrito en la oficina de registro respectiva.

Tal instrumento no adolece de ningún vicio en su fondo y en su forma. Aparece debidamente estipulado y pagado el precio y como fue oportunamente registrado debe producir, en principio, la plenitud de sus efectos entre los contratantes y respecto de terceros, por haberse efectuado en forma legal la tradición jurídica o inscrita de los dos inmuebles vendidos. Conforme a la doctrina del artículo 673 del C. C., el dominio de esos bienes lo adquirió la compradora Ana María Ternera por la tradición jurídica realizada mediante la inscripción del título en la oficina de registro respectiva (artículos 756 y 759 del C. C.)

De manera que cuando once años después el mismo vendedor Luis Fernández Ucrós quiso vender la misma finca de "La Codicia" a su hermana mayor Zarina Fernández Ucrós, por medio de la escritura número 143 de 1935, es indudable que se estaba en presencia de una venta de cosa ajena, que reglamenta el artículo 1871 del C. C. Y bien sabido es que esta norma se separa del sistema del Código francés y consagra el mismo principio de la legislación romana, consistente en que la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, mientras no se extingan por el lapso de tiempo.

II. Habiéndose perfeccionado la compraventa de "La Codicia" a favor de la primitiva compradora Ana María Ternera, la posterior pretendida adquirente de ese mismo bien no pudo incorporarlo a su patrimonio por no haberse realizado a su favor la tradición jurídica del mismo, fenómeno ya efectuado desde hacía once años entre Fernández y la señora Ternera. La convención subsiguiente en que intervino la actora Zarina Fernández sólo tuvo la virtualidad, por lo tanto, de originar obligaciones o prestaciones personales entre los contrayentes, por razón del vínculo contractual voluntariamente creado entre ellos. De esa manera la nueva compradora vino a quedar constituída no en dueña del inmueble materia de este pleito, sino en acreedora de su pretendido vendedor, para el efecto de exigirle el cumplimiento de sus prestaciones bilaterales, de carácter personal.

III. Consecuencia jurídica de lo dicho es la de que en realidad de verdad la actora Zarina Fernández Ucrós carece de

acción para perseguir el pacto celebrado entre Fernández y la Ternera y por lo mismo no le es dable accionar en el sentido de que se declare la simulación de dicha convención. Esto es así, porque no habiéndose realizado a su favor la tradición material ni la jurídica del referido inmueble, no puede aceptársela ni considerársela como causahabiente a título singular en su dominio. Este es un error de doctrina del ribunal que es necesario rectificar en casación. Tampoco puede reconocérsele el carácter de tercero interesado en esa negociación y en esa condición admitirse que puede perseguir la declaración de simulación, porque carece para ello de interés jurídico y no le es dable alegar ningún derecho real sobre ese bien, debido a que la operación anterior de venta no le ha ocasionado ningún perjuicio patrimonial directo.

IV. Pero se pregunta: Cuál viene a ser entonces la situación jurídica en que ha quedado colocada la compradora Zarina Fernández, en virtud del contrato que reza la escritura número 143 de 1935?

A juicio de esta Sala es obvia la respuesta: por virtud de la compraventa de cosa ajena que reza el referido instrumento la actora doña Zarina no puede ejercitar sino las acciones originadas en ese contrato bilateral. Puede por consiguiente acogerse al artículo 1546 de la misma obra, y optar entre pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con la respectiva indemnización de perjuicios.

Fuera de lo dicho, es pertinente recordar que, según lo preceptúa el artículo 1873 del C. C., si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro. Y ese es precisamente el caso de autos.

De lo expuesto concluye esta Sala que la actora carecía de la acción de inexistencia del pacto por simulación incoada en este pleito, porque no tenía, por esa circunstancia, interés jurídico alguno ni como causahabiente a título singular ni como tercero, para impetrarla.

Y al llegar la Corte a esta conclusión considera innecesario e inoperante entrar a estudiar los cargos formulados al fallo del Tribunal, ya que éstos parten de la base de que la acción de simulación estuvo bien incoada por la actora y se refieren todos ellos a situaciones jurídicas y procesales con ella relacionadas. Por esa especial circunstancia vienen a resultar inocuos. Y una vez que se rectifica plenamente y en su fondo la tesis del sentenciador de Santa Marta, no es el caso de quebrar su decisión absolutoria, porque por diversas razones y motivos bien distintos se llegaría a la misma conclusión del fallo acusado y a negarse las declaraciones impetradas en la demanda, por carencia de acción por parte de la actora. Es suficiente, en esa virtud, la rectificación doctrinaria que aquí se hace. Por esa misma circunstancia no hay costas, de acuerdo con el artículo 575 del C. J., numeral 2°, aplicado por analogía.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el 21 de mayo de 1941.

Sin costas en el recurso.,

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, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE BIENES MOSTRENCOS — QUE DEBE ENTENDERSE POR BIENES MOSTRENCOS. SENTIDO JURIDICO DE LA EXPRESION *BIENES MUEBLES*. — CONDICION JURIDICA DE LAS LOTERIAS

1.—El bien mostrenco se diferencia de la *res nullius*, que no pertenecen a nadie y se adquieren por ocupación, y de la *res derelictas*, que el dueño abandona voluntariamente para que las haga suyas el primer ocupante (artículo 699, C. C.). La especie mostrenca tiene un propietario que en ninguna forma ha expresado su voluntad de desprenderse de su dominio y que posiblemente la busca. El artículo 704 del C. C. se refiere a cosas muebles que el propietario ha perdido involuntariamente y que por su naturaleza o por sus señales o vestigios indiquen haber estado en dominio anterior, en forma que no pueden ser objeto de ocupación jurídica. En presencia de tales cosas reveladoras de dominio anterior y no abandonadas intencionalmente por sus dueños, la ley dispone una serie de procedimientos encaminados a devolverlas a su dueño, ordenando a quien las encuentre o descubra ponerlas a disposición del propietario si fuere conocido, indagando en el público a quién pertenecen por medio de edictos emplazatorios en que se determinen los bienes con señales inequívocas, y sólo al final de estas inquisiciones dispone reputar tales bienes como mostrencos para adjudicarlos en tal calidad al Municipio dentro de cuyos términos territoriales se encuentren, adjudicación que tiene el carácter de provisoria porque el dueño puede recuperar la especie mientras no haya sido enajenada por el distrito. — 2. Aunque ciñéndose aisladamente a la clasificación que la ley hace de los bienes podría pensarse, como lo pretende el recurrente, que los derechos personales son susceptibles de llegar a tener la calidad de bienes mostrencos, ya que el artículo 706 del C. C. solamente requiere al efecto que sean muebles, sin embargo, no resulta aceptable la conclusión si se tiene en cuenta la naturaleza jurídica de la institución de los bienes mostrencos, que así se llaman "porque se deben *mostrar* o poner de manifiesto y pregonar para que pueda su dueño saber el hallazgo y reclamarlos" (Escriche), como de las disposiciones mismas con que la ley los establece y gobierna. — 3. De las dos especies o clases en que se dividen los bienes (artículos 665 y 667 del C. C.), solamente los primeros, los que tienen apariencia sensible, según expresión de Josserand, son susceptibles de asumir la condición de mostrencos. No los derechos, que carecen de forma corpórea y sólo se conciben por la inteligencia. Así se deduce de los términos del artículo 840 del C. J. Resulta tan anómalo dentro de la ley y la doctrina hablar de un derecho personal mostrenco, como hablar de bien vacante refiriéndose a la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, alegando que legalmente es un bien inmueble (artículo 667, C. C.), cuando la ley requiere también perentoriamente para el fenómeno de la vacancia inmuebles corporales que no pueden determinarse sino por su situación y linderos (artículo 840, C. J.). Por lo demás, "cuando por la ley o el hombre se usa la expresión *bienes muebles* sin otra calificación", como sucede en el artículo 706 del C. C., debe entenderse que sólo se hace referencia a los definidos como tales por esencia y naturaleza en el artículo 655 *ibídem*, esto es, a las cosas corporales que pueden transportarse de un lugar a otro, quedando así excluídas las incorporales y las llamadas muebles por anticipación de que trata el artículo 659 del código citado.

Esta es la inteligencia obligatoria de la expresión bienes muebles. — 4. La lotería es una empresa organizada con el fin de atribuír a un gran número de personas, a cambio de un precio determinado por el cual se da el correspondiente título o billete, el derecho de tomar parte en el sorteo de sumas de dinero llamadas premios. Esta lotería, aunque difiere del juego estrictamente considerado en que no se dirige a un grupo determinado de personas sino al público en general y en que en el sorteo decisivo no acciona directamente ninguna de las partes, es sin embargo, jurídicamente considerada, una especie de juego, esto es, un contrato aleatorio en que la ganancia o pérdida dependen exclusivamente de una contingencia incierta, como es la formación de una cifra por la suerte. Entre cada uno de los compradores de billetes de lotería y el que la establece, como en el caso de autos, se celebra un contrato creador de obligaciones, y por virtud de este contrato solamente los dueños o portadores de los billetes cuyo número resulta sorteado asumen la calidad de acreedores, porque según el sistema jurídico de nuestro código, acorde con la tradición romana y distinto del derecho francés, los contratos sólo son fuente de derechos personales y no de derechos reales, de donde se deduce la consecuencia de que para adquirir el dominio se requiere indispensablemente la presencia de uno de los modos legales de adquirirlo, que tratándose de contratos debe ser la tradición. Los portadores de los billetes favorecidos en el sorteo no se hacen dueños de determinada y precisa cantidad de monedas como cuerpo cierto, en poder del dueño de la lotería, sino que adquieren el derecho personal de exigirle, con exhibición del billete respectivo y dentro de las condiciones de la empresa, el pago de la suma o premio correspondiente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Antecedentes.

Con base en la autorización concedida por la ley 95 de 1937 con motivo de la celebración del IV Centenario de la fundación de Bogotá, el Concejo Municipal expidió el Acuerdo número 50, de 18 de diciembre del citado año, por medio del cual organizó la Lotería del Centenario como ingreso municipal de carácter extraordinario y dispuso que los premios serían obligaciones a cargo del Municipio. En desarrollo de este Acuerdo se creó la Junta Administradora de la Lotería a cuyo cargo quedó el estudio y aprobación del plan del sorteo y la determinación de todo lo referente a garantías y manejo de los fondos. En la sesión celebrada el 16 de diciembre de 1937, la Junta, en uso de sus facultades, aprobó el plan general de la lotería, en el cual, en la parte denominada "Sorteos y Premios", después de establecer un tercer premio de $ 50.000, dijo: "Los premios de la Lotería serán obligaciones a cargo del Municipio de Bogotá y se pagarán al portador, en efectivo, inmediatamente después de verificados los sorteos". El Acta de la sesión que la Junta Administradora celebró el día 20 de enero de 1938 da cuenta, entre otras cosas, de lo siguiente, bajo el epígrafe "Caducidad de billetes: A continuación fijó la Junta el término de seis meses contados del primero de septiembre de 1938 en adelante, para la caducidad de los billetes de la Lotería, y autorizó a la Auditoría para establecer la contabilidad de la Lotería de acuerdo con la Contraloría Municipal".

En el año de 1938, según lo dispuesto en la ley de autorizaciones, tuvo lugar el sorteo de la Lotería del Centenario, y en él, como aparece de las certificaciones fidedignas correspondientes que obran en autos, salió favorecido con el tercer premio de $ 50.000 el número 3985 de la serie D, cuyo billete fue vendido por la Empresa. Desde la fecha en que la Tesorería recibió el dinero para atender al pago de los premios hasta el día en que éstos fueron válidos, según lo certifica la Al-

caldía, no se presentó el dueño del billete premiado, por lo cual la Tesorería ninguna intervención tuvo para su pago.

Haciendo pie en esta circunstancia de no haberse presentado el boleto favorecido con el tercer premio para que fuera pagado, Adolfo Carrizosa, en libelo de fecha 10 de octubre de 1938, repartido al Juzgado 6º de este Circuito, señalando como tenedor a Juan Antonio Montoya, Gerente de la Lotería, pidió que judicialmente "se declare que son bienes mostrencos, pertenecientes al municipio de Bogotá y al suscrito demandante, en la proporción indicada por la ley y por el Acuerdo número 1º de 1931 del Concejo Municipal de Bogotá, lo siguiente: a) La cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50,000.00) moneda corriente, en dinero, correspondiente al tercer premio de la "Lotería del Centenario del Municipio de Bogotá", en la cual resultó favorecido el número 3895 de la serie D, el cual hasta la fecha de esta demanda no ha sido cobrado y cuyo billete o boleto no tiene dueño conocido; b) Los demás premios, aproximaciones, etc., de esta misma Lotería del Centenario del Municipio de Bogotá que no hayan sido cobrados al vencimiento del término del emplazamiento ordenado por la ley, puesto que no tienen dueño conocido".

"Este billete — dice el actor — no ha sido presentado para su cobro hasta la fecha de esta demanda y se ignora por completo el portador, poseedor, o propietario de él. Igual cosa ocurre con varios otros boletos de tal lotería que resultaron favorecidos en el mismo sorteo, con premios y aproximaciones y que no han sido cobrados todavía, ignorándose sus propietarios. En consecuencia, los dineros y billetes en referencia son bienes mostrencos de acuerdo con la ley".

Al notificársele la demanda al demandado Montoya, como tenedor indicado de los bienes denunciados, se negó a firmar la diligencia manifestando no ser el representante del Municipio y no habérsele corrido el traslado legal al Personero. Y este funcionario, al dársele el traslado de la demanda, manifestó que no sólo no coadyuvaba el pedimento sino que se oponía a que se hicieran las declaraciones solicitadas por el actor.

Adelantado el juicio por sus trámites adecuados, el Juzgado del Circuito lo decidió en primer grado en sentencia del 25 de enero de 1940, denegando la declaratoria de ser mostrencos los bienes referidos y consecuencialmente las restantes súplicas del libelo.

Fallo acusado

La apelación que el actor interpuso oportunamente contra esta sentencia dio lugar al segundo grado del juicio, sentenciado el 5 de julio de 1941, confirmando la decisión de primera instancia. Sin costas.

Comienza la motivación de la sentencia acusada con un estudio histórico-jurídico de la institución de los bienes mostrencos, diferenciando éstos de los vacantes y de los abintestatos y señalándole a aquella especie de bienes un origen español, hasta llegar, a través de las diversas legislaciones sobre la materia, a la situación de derecho existente hoy respecto de los llamados mostrencos, pertenecientes a las municipalidades dentro de cuyos términos se hallen. De este recuento historial de las disposiciones legales sobre bienes mostrencos deduce el Tribunal que para que una cosa pueda tener esta calidad jurídica es de indispensable necesidad que coexistan los siguientes elementos: a) Que sea o se trate de un bien corporal mueble que tuvo dueño; b) Abandono involuntario del bien por parte de quien tenía la calidad de dueño, y c) Que a la fecha en que sea denunciado se halle el bien sin dueño aparente o conocido. Los bienes que reúnan estas condiciones se consideran mostrencos y pertenecen, de acuerdo con el artículo 82 de la ley 153 de 1887, al distrito municipal en que se hallen, y la participación que en ellos corresponde legalmente al denunciante no la da la ley a título de dueño sino como premio o recompensa por haber llevado al patrimonio del municipio algo que le per-

tenecía por destinación de la ley, pero que se ignoraba.

A la luz de estas nociones no encuentra el Tribunal que los bienes de que aquí se trata — premios no cobrados de la Lotería del Centenario — puedan tener la condición jurídica de mostrencos, porque les falta la primera y la tercera de las precitadas condiciones esenciales. Se trata, en efecto, de un crédito, que es bien incorporal, correlativo de la obligación del Municipio de Bogotá de pagar en dinero los premios inmediatamente después de verificados los sorteos, y el cual puede ser o dejar de ser cobrado a voluntad del acreedor. Tampoco puede decirse que el dinero correspondiente al premio no cobrado carece de dueño aparente o conocido, puesto que ese dinero es de propiedad municipal y en poder del municipio está, mientras no se haga la tradición legal de su dominio al acreedor que presente el título correspondiente.

Por otra parte, agrega la sentencia, la institución de los bienes mostrencos persigue el fin de estimular la actividad de los particulares en favor de los intereses del Municipio dándoles oportunidad de recoger lo que les pertenece por ley y que no tienen por ignorancia, de tal modo que no puede pensarse, por no armonizar con esta finalidad, que las acciones encaminadas a obtener la declaración de mostrencos puedan sostenerse contra los mismos Municipios.

"En síntesis, — dice como apreciación final el fallo acusado — lo que se pretende en el presente caso es ganar la mitad del tercer premio de la Lotería del Centenario sin haber comprado el billete favorecido por la suerte".

El recurso

El recurso de casación, interpuesto por el actor contra la sentencia definitiva de segunda instancia, que hoy se decide por estar legalmente preparado, se apoya en el primero de los motivos que enumera el artículo 520 del C. J. y en él se acusa la sentencia por las diversas formas de violación de la ley allí contempladas. En seguida y con la separación con que se formulan en la demanda, procede la Sala a estudiar los cargos.

I—El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de la demanda, ya en cuanto a la persona del demandado, ya en lo que se refiere al objeto de aquélla, pues la acción no se dirigió ni propuso contra el Municipio de Bogotá, como se afirma en la sentencia, sino contra Juan Antonio Montoya como tenedor de los bienes, y porque la cosa a que se refiere la demanda no es un crédito o bien incorporal, como lo consideró el sentenciador, sino la suma de $ 50,000, esto es, una cantidad cierta de dinero, a la que le corresponde en teoría y en presencia de los textos legales la calidad de cosa corporal mueble, y dentro de la subdivisión de ésta, la de cosa fungible, según lo dispone la ley para las especies monetarias.

Por causa de estos errores en la apreciación de la demanda se violaron los artículos 653, 654, 663 y 706 del C. C.

Se considera:

No encuentra la Sala fundamento ninguno para esta imputación de error de hecho en la apreciación del libelo inicial en lo tocante a la persona contra quien se dirigió la acción porque en ninguna consideración al respecto se basa la resolución de la sentencia acusada. No es en la improcedencia de la acción por haber sido mal enderezada, como lo dice el recurrente, en lo que reposa la negativa de las dos sentencias de instancia a declarar mostrencos los bienes indicados en la demanda, sino en carecer éstos de las condiciones esencialmente necesarias para atribuírles tal calidad jurídica. La cuestión vinculada a la persona del demandado sólo se enuncia al final de la sentencia, no como razón fundamental del fallo sino en carácter de consideración accidental destinada a destacar la situación irregular que ofrece este proceso en que el Municipio, a pesar de ser él, beneficiario legal

de la propiedad mostrenca, ha asumido una actitud de oposición por la circunstancia de ser dueño y no haber dejado de serlo nunca de los dineros a que se refiere la demanda, en forma que la prosperidad de este litigio, contra la naturaleza y objetivo legal de la institución de los bienes mostrencos, en vez de aumentar el patrimonio fiscal lo disminuiría. Con el propósito de hacer resaltar esta anomalía y después de advertir que la participación que la ley concede en estos casos a los particulares tiene el significado de un estímulo de la actividad privada en pro del fisco municipal, transcribe el Tribunal, sin identificar los casos, el siguiente pasaje de una sentencia de esta Sala en que expuso la doctrina: "Consagrar la tesis contraria y convenir, como lo acepta la sentencia recurrida, que un particular puede asumir el puesto de actor en un juicio de bienes vacantes y señalar al Municipio como demandado, sería tanto como consagrar el absurdo de que se comparece en nombre y beneficio de una persona y se le asigne a esta misma el papel de opositora y demandada, con el fin de obtener una declaración judicial que la perjudique. Si por consagración expresa de la ley, pertenecen al Municipio todos los bienes vacantes comprendidos dentro de su territorio, no se concibe que un particular aspire a obrar judicialmente en colaboración con un municipio y a pedir a su favor tal declaratoria con el objeto de privar al mismo municipio, ya de parte de la cosa misma, en el evento de quedar como comunero de él (artículo 843 del C. J.), ya del dinero que le pague por valor de la misma cuota, a título de precio de sus gestiones. (G. J. Tomo XLVIII, p. 399).

Tampoco en lo que respecta al objeto de la demanda existe el pretendido error de hecho en su apreciación que el recurrente hace consistir en que el Tribunal falló como si el bien cuya declaración de mostrenco se pide fuera un crédito, cuando en realidad es, según el texto expreso e inconfundible del pedimento, la suma de $ 50,000.00 en dinero efectivo. No se equivocó el sentenciador a este respecto ni dejó de lado el objetivo directo y concreto de la declaración pedida. Sin desconocer que la demanda versa sobre suma determinada de dinero, llegó el sentenciador a la conclusión de que esta cantidad monetaria no puede ser materia de una declaración de mostrenca porque sobre ella, nadie, fuera del Municipio de Bogotá, puede alegar propiedad mientras no haya transferido su dominio al acreedor que se presente a cobrar la obligación municipal. con exhibición del título correspondiente.

El Tribunal no ha denegado la solicitud de bien mostrenco por habérsela formulado de un crédito, como lo dice el recurrente y como sería preciso que hubiera ocurrido para poder hablar de error de hecho en la interpretación de la demanda; lo que ha dicho es que a través del mecanismo jurídico de la lotería el dueño de un billete favorecido por la suerte tiene un crédito contra el Municipio de Bogotá, correlativo de la obligación que a éste corresponde de pagar en dinero los premios, pero en manera alguna la propiedad de una concreta cantidad monetaria como cuerpo cierto, que pudiera haber sido abandonada por su dueño. Y éstas son dos soluciones procesales diferentes. Sobre el particular no deja lugar a duda el siguiente pasaje de la sentencia: "Falta también la condición marcada con la letra c), o sea, que en la actualidad aparezca sin dueño aparente o conocido, pues como se dejó expresado, la suma de cincuenta mil pesos, valor del premio tercero de la lotería, sí tiene en la actualidad dueño aparente y conocido: lo es el Municipio de Bogotá, quien será dueño de ella y de las demás aproximaciones del sorteo mientras no haga tradición de ellos a los ganadores. Pretender lo contrario sería tanto como decir que en el momento en que se hizo exigible la deuda de X pesos a mi cargo, yo dejé de ser dueño de X pesos".

II—Por su íntima conexión se consideran globalmente los restantes cargos de

la demanda de casación, que pueden resumirse así:

Es absurdo suponer la lotería con premios en créditos contra el Municipio, porque toda lotería es una especie de rifa con premios en dinero, mercadería u objetos corporales. Así lo entendió el Municipio cuando depositó los $ 50,000.00 en el Banco de Bogotá. Si hubiera rifado créditos no habría depositado dinero. El hecho de que se dijera que los premios eran obligaciones a cargo del Municipio sólo equivale a una garantía de pago con todos los bienes del distrito. Pero ni aun aceptando que lo denunciado fuera bien incorporal tendría razón el Tribunal, porque no hay razón legal ninguna para excluír de la declaración de mostrencos los bienes de esta clase. La ley se refiere generalmente a bienes, para decir vacantes a los inmuebles y mostrencos a los muebles, y es bien sabido que dentro de la especie mueble caben las cosas corporales como las incorporales. Y como la ley no distingue, es necesario concluír que un crédito, que es cosa mueble, puede ser declarado bien mostrenco. En relación con estos puntos dice el recurrente que el Tribunal violó los artículos 28, 653, 704 y 706 del C. C.

Por virtud de lo declarado en el Acuerdo orgánico y según la doctrina sobre declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, es evidente que como resultado del vínculo contractual formado entre el Municipio y el comprador del billete premiado, aquél perdió el dominio sobre los $ 50,000.00 del premio y pasó al comprador. Desde que el Municipio destinó, colocándolo en los Bancos, el dinero para pagar los premios se desprendió de su propiedad e hizo tradición de él al ganador, el cual, desde el momento del sorteo, fue dueño y poseedor de la respectiva cantidad monetaria. Por haber desconocido el Tribunal estos principios violó el artículo 754 del C. C., sobre tradición de cosas corporales muebles.

Respecto de la condición de que el bien, para que pueda ser mostrenco, aparezca sin dueño aparente o conocido, también se equivocó jurídicamente el Tribunal al apreciar las pruebas de autos, pues en el proceso obra certificación sobre el hecho de que la Tesorería Municipal de Bogotá recibió del Gerente de la Lotería la suma de $ 50,700.00 "para atender al pago de premios y aproximaciones que le fueran cobrados conforme a la lista oficial de los números premiados". De aquí deduce el recurrente que el Municipio no recibió este dinero como dueño ni poseedor sino como mero tenedor a nombre del comprador del billete favorecido por la suerte. Si el billete premiado había sido vendido, el Distrito no podría ser dueño del dinero. Por este error en la apreciación del certificado de la tesorería el Tribunal violó el artículo 775 del C. C., que define la mera tenencia.

Considera la Sala.

Acertada encuentra esta superioridad la discriminación que la sentencia hace de los elementos o condiciones esenciales que debe reunir una cosa para que pueda considerarse como bien mostrenco, esto es, como una cosa corporal mueble que estuvo sometida a dominio particular y que en la actualidad se halla involuntariamente abandonada, es decir, sin dueño aparente o conocido, según la expresión de la ley. De esta manera se diferencia el bien mostrenco de la **res nullius**, que no pertenecen a nadie y se adquieren por ocupación, y de la **res derelictas**, que el dueño abandona voluntariamente para que las haga suyas el primer ocupante (699, C. C.) La especie mostrenca tiene un propietario que en ninguna forma ha expresado su voluntad de desprenderse de su dominio y que posiblemente la busca. El artículo 704 del C. C. se refiere a cosas muebles que el propietario ha perdido involuntariamente y que por su naturaleza o por sus señales o vestigios indiquen haber estado en dominio anterior, en forma que no pueden ser objeto de ocupación jurídica. En presencia de tales cosas reveladoras de dominio anterior y no abandonadas intencionalmente por sus dueños, la ley dispone una serie

de procedimientos encaminados a devollas a su dueño, ordenando a quien las encuentre o descubra ponerlas a disposición del propietario si fuere conocido, indagando en el público a quien pertenecen por medio de edictos emplazatorios en que se determinen los bienes con señales inequívocas, y sólo al final de estas inquisiciones dispone reputar tales bienes como mostrencos para adjudicarlos en tal calidad al Municipio dentro de cuyos términos territoriales se encuentren, adjudicación que tiene el carácter de provisoria porque el dueño puede recuperar la especie mientras no haya sido enajenada por el Distrito.

Aunque ciñéndose aisladamente a la clasificación que la ley hace de los bienes podría pensarse, como lo pretende el recurrente, que los derechos personales son susceptibles de llegar a tener la calidad de bienes mostrencos, ya que el artículo 706 del C. C. solamente requiere al efecto que sean muebles, sin embargo no resulta aceptable la conclusión si se tiene en cuenta la naturaleza jurídica de la institución de los bienes mostrencos, que así se llaman "porque se deben **mostrar** o poner de manifiesto y pregonar para que pueda su dueño saber el hallazgo y reclamarlos" (Escriche), como de las disposiciones mismas con que la ley los establece y gobierna. Las cosas y los derechos, aunque la ley las tiene como partes de una clasificación, son categorías de naturaleza profundamente distinta pero que es necesario clasificar así dentro de nuestro derecho porque hay modos de adquirir el dominio, como la ocupación y la accesión, que no tienen aplicabilidad sino en tratándose de cosas corporales o que pueden ser percibidas por los sentidos. La naturaleza corpórea de las cosas está consustancialmente vinculada al régimen jurídico de los bienes mostrencos y de los vacantes. De las dos especies o clases en que se dividen los muebles, los que lo son **por naturaleza o corporales,** comprendidos en la definición del artículo 655 del C. C., y los muebles **por determinación de la ley o en razón de la cosa en que han de ejercerse** (667 C. C.) o incorporales, solamente los primeros, los que tienen apariencia sensible, según expresión de Josserand, son susceptibles de asumir la condición de mostrencos. No los derechos, que carecen de forma corpórea y sólo se conciben por la inteligencia. Así se deduce, por lo demás, de los propios términos de la ley que al referirse a los bienes mostrencos emplea expresiones que conllevan la idea de corporeidad, como cuando dice cosa que se halle o descubra, o que por su naturaleza manifieste haber estado en dominio anterior, o que tenga señales o vestigios de haber tenido dueño, o cuando, dentro de la acción judicial correspondiente (artículo 840 C. J.), manda dar conocimiento del hallazgo al público determinando los bienes con señales inequívocas. Resulta tan anómalo dentro de la ley y la doctrina hablar de un derecho personal mostrenco, como hablar de bien vacante refiriéndose a la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, alegando que legalmente es un bien inmueble (667 C. C.), cuando la ley requiere también perentoriamente para el fenómeno de la vacancia inmuebles corporales que no pueden determinarse sino por su situación y linderos (artículo 840 del C. J.). Por lo demás, "cuando por la ley o el hombre se usa la expresión **bienes muebles** sin otra calificación", como sucede en el artículo 706 del C. C., debe entenderse que sólo se hace referencia a los definidos como tales por esencia y naturaleza en el artículo 655 **ibídem**, esto es, a las cosas corporales que pueden transportarse de un lugar a otro, quedando así excluídas las incorporales y las llamadas muebles por anticipación de que trata el artículo 659 del Código citado. Esta es la inteligencia obligatoria de la expresión **bienes muebles.**

La lotería como la de que aquí se trata, fuente de obligaciones civiles por excepción de la ley cuando se destina a la asistencia pública (Ley 64 de 1923), es una empresa organizada con el fin de atribuír a un gran número de personas, a cambio de un precio determinado por el

cual se da el correspondiente título o billete, el derecho de tomar parte en el sorteo de sumas de dinero llamadas premios. Esta lotería, aunque difiere del juego estrictamente considerado en que no se dirige a un grupo determinado de personas sino al público en general y en que en el sorteo decisivo no acciona directamente ninguna de las partes, es sin embargo, jurídicamente considerada, una especie de juego, esto es, un contrato aleatorio en que la ganancia o pérdida dependen exclusivamente de una contingencia incierta, como es la formación de una cifra por la suerte. Entre cada uno de los compradores de billetes de la lotería y el Municipio de Bogotá se celebró un contrato creador de obligaciones, y por virtud de este contrato solamente los dueños o portadores de los billetes cuyo número resultó sorteado asumieron la calidad de acreedores del Municipio, porque según el sistema jurídico de nuestro Código, acorde en esto con la tradición romana y distinto del derecho francés, los contratos sólo son fuente de derechos personales y no de derechos reales, de donde se deduce la consecuencia de que para adquirir el dominio se requiere indispensablemente la presencia de uno de los modos legales de adquirirlo, que tratándose de contratos debe ser la tradición. Los portadores de los billetes favorecidos en el sorteo no se hicieron dueños de determinada y precisa cantidad de monedas como cuerpo cierto, en poder del Municipio, sino que adquirieron el decreto personal para exigirle, con exhibición del billete respectivo y dentro de las condiciones de la empresa, el pago de la suma o premio correspondiente. Lo mismo que en el caso de mutuo de plazo vencido el mutuante no tiene la propiedad del dinero debido por el mutuario mientras éste no pague, aunque tenga menos de lo que debe. Ninguna razón jurídica respalda la pretensión del actor de que el Municipio de Bogotá perdió el dominio sobre la cantidad de $ 50.000, en dinero, correspondiente al tercer premio de la Lotería del Centenario, desde el momento en que salió sorteado el número 3985 de la serie D., y que por consiguiente es esta suma de monedas, considerada como bien mueble y fungible, la que está abandonada o sin dueño conocido. "Sostener que el Municipio no es dueño de esa suma —dice la Procuraduría General de la Nación a cuyo cuidado ha estado la defensa municipal— es subvertir los principios que informan nuestro sistema contractual; ello sería sostener que los contratos no son generadores, en sus efectos inmediatos, de simples obligaciones —dar, hacer o no hacer— y convertirlos de fuentes de éstas en modos de transferencia del dominio". En el reverso de los billetes se lee que "los premios de la Lotería serán obligaciones a cargo del Municipio de Bogotá y se pagarán al portador, en efectivo, inmediatamente después de verificados los sorteos". Así quedó bien expresado el sentido jurídico y el alcance de las obligaciones generadas en el contrato aleatorio que se celebraba al comprar el billete que a la vez sirve de prueba, y así sería también aunque no se hubiera expresado.

No se puede, por lo visto, hablar del dinero, perteneciente al Municipio mientras no haga tradición de él para el pago de los premios de la Lotería del Centenario, como objeto de la declaración de bienes mostrencos. Los premios no cobrados representan un derecho personal o crédito, correlativo a la obligación municipal de pagar, y perteneciente al dueño o portador del billete premiado, que es el acreedor y quien como tal sólo él puede cobrar o dejar de cobrar a su libre voluntad.

La única manera en que podrían jurídicamente considerarse los premios no cobrados de la lotería como materia adecuada para declaración de bienes mostrencos sería en relación con el título al portador en el cual se incorpora el derecho, demandando tal declaración judicial para el billete mismo premiado por habérsele hallado abandonado, sin dueño aparente o conocido. En la demanda, como se transcribió al principio, se dice, que "los dineros y billetes en referencia son bienes mostrencos de acuerdo con la ley",

pero el billete no ha figurado en el proceso ni sobre él como bien mueble corporal, se encamina la declaratoria de mostrencos de que se trata. "Mediante, una construcción jurídica los créditos pueden, sin perder su carácter de tales, hallarse sujetos por su forma al estatuto legal de los muebles corporales. Así acontece cuando el crédito viene contenido en un título **pagadero al portador.** El derecho de crédito tiene, en tal caso, como titular un sujeto indeterminado, que es el portador del título en el día de su vencimiento. La posesión material del título es requisito indispensable para el ejercicio del derecho, y se dice entonces que se trata de una incorporación del derecho en el título; como el título es una cosa corporal, el derecho toma de éste su carácter de mueble corporal". (Planiol y Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo 3 p. 485).

Las consideraciones que anteceden sirven para concluír que la sentencia del Tribunal es jurídicamente acertada y que carecen de fundamento las imputaciones que se le hacen de haber quebrantado las disposiciones de la ley sustantiva que se citan en la demanda de casación.

Es inútil e improcedente considerar los cargos que el recurrente formula, reproduciendo los argumentos contenidos en el alegato de bien probado en segunda instancia, en referencia con el fenómeno de la caducidad de los billetes, porque, fuera de que los fundamentos inútilmente atacados de que se ha tratado son suficientes para sustentar el fallo, el Tribunal no asienta en la caducidad ninguna de sus conclusiones ni a este fenómeno se hace la más leve alusión en la sentencia recurrida.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 5 de julio de 1941, que ha sido materia de este recurso.

Costas 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 en propiedad.



SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ENUNCIACION TAXATIVA DE LAS CAUSALES DE CASACION EN LA LEY. — QUE DEBE ENTENDERSE POR INJUSTICIA NOTORIA. — EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR EL REO NO DEBE ENTENDERSE INTENTADO SINO EN LO DESFAVORABLE AL MISMO REO. — EN QUE CASO NO ES VIABLE LA CAUSAL 1ª DE CASACION

Las causales de casación están taxativamente enunciadas por la ley y entre ellas no figura la supuesta intervención del juez de derecho en la deliberación del Jurado.

Sin mayor esfuerzo se ve que hay grave error al hacer el siguiente razonamiento: el juez de derecho intervino en la confección del veredicto; esto constituye una irregularidad, luego el veredicto es notoriamente injusto. Aún suponiendo que estuviera demostrada la ingerencia del juez en la decisión del Jurado, punto que en otro lugar de la sentencia se examina, podría ponérsele el estigma de ser apócrifo, de no emanar de los jueces de conciencia, pero ello no implicaría injusticia ni menos injusticia notoria, pues ésta consiste en una oposición evidente entre el veredicto y la realidad, un veredicto contrario abiertamente a las pruebas.

Como lo observa el señor Procurador, sería el caso de casar la sentencia recurrida por hallarse el fallo en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder y con el veredicto del Jurado, si no fuese porque en el caso presente el recurrente es el reo y porque es jurisprudencia unánime de la Corte que aquel recurso extraordinario no puede hacer más gravosa la situación del procesado, cuando ha sido éste quien alega la casación.

La causal 1ª de casación no es viable cuando la sentencia aplicó la disposición penal correspondiente al veredicto del Jurado y sobre los cargos formulados en el auto de proceder. Si lo que se pretende, como en el caso presente, es sostener que hubo error en la denominación del delito, entonces la causal que debería invocarse es la de nulidad.

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

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

El defensor de Tomás Berrío interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que condenó al procesado a la pena principal de trece años de presidio como responsable de haber dado muerte a su hija Rosa o Resurrección Berrío y de haber intentado matar a su esposa Verónica Posada de Berrío.

Ocurrieron estos hechos delictuosos el veintiséis de octubre de mil novecientos treinta y siete, y los juzgadores de instancia aplicaron el Código de 1890, ley coetánea del hecho, por considerarla más benigna que el nuevo Código.

De acuerdo con éste la sola circunstan-

cia del parentesco entre la víctima y su victimario constituye el delito en asesinato; y como se trata de un concurso real de infracciones, al imponer la pena correspondiente a la más grave debería aumentarse hasta en otro tanto. Total: diez y ocho a veinte años de presidio cuando menos.

Y aplicando el Código de 1890 la cuantía de la pena es menos gravosa para el reo, como se ve por los cálculos que hizo el juzgado de primera instancia y que aceptó el Tribunal, de los cuales resultó a la postre una sanción de trece años por los dos delitos.

Procede la Corte a estudiar los motivos de casación que propone el doctor Virgilio Beltrán como defensor del procesado y para ello se examinarán las diferentes causales no en el orden que él adoptó sino en el orden de importancia de dichas causales, comenzando por las que en caso de resultar fundadas afectarían de manera más honda el proceso.

Causal de errada apreciación en cuanto a la prueba del cuerpo del delito

La hace consistir el recurrente en que el auto de proceder no le dio al delito la calificación de asesinato ni planteó el punto de la premeditación, deliberación o escogencia de medios; en que Berrío cometió en su esposa un delito de heridas y no la tentativa de homicidio por la cual se le condenó; y en que la partida de estado civil traída a los autos para probar la existencia del vínculo de padre e hija entre Berrío y la muchacha a quien éste dio muerte, no da fe de una manera absolutamente clara de que la niña María Rosa Elena a que se refiere tal partida sea la occisa Rosa o Resurrección Berrío.

Sobre el primero de estos argumentos o sea no haberse calificado el delito como asesinato en el auto de proceder ni haberse planteado allí la premeditación, se observa: 1º que al Jurado tampoco se le propusieron cuestionarios sobre esos puntos ni la sentencia condenó al reo por asesinato puesto que la pena impuesta es de trece años de presidio y es bien sabido que ante el nuevo Código la pena por asesinato no podría ser menor de quince años y conforme al antiguo le correspondería la sanción fija de veinte años.

2º Que Berrío cometió un delito de heridas y no un homicidio imperfecto (en la persona de su mujer) tampoco lo pudo demostrar el distinguido abogado del recurrente. Y es una tesis que ni siquiera podría aceptarse como probable. En efecto:

En el auto de proceder que dictó el Juzgado 4º Superior de Bogotá —y que el Tribunal confirmó— se dice lo siguiente, que basta para despejar cualquier duda:

"El delito perpetrado por Berrío en la persona de su esposa legítima Verónica Posada de Berrío, no es simplemente el de heridas, sino el de tentativa de homicidio (parricidio); el sindicado manifestó su deseo de matar a las agredidas y procedió a cumplir su designio; usó arma apta para matar, y si no logró su cometido sino en una sola de las atacadas, se debió a una casualidad únicamente, pues la herida fue causada en el abdomen, y al decir de los testigos y del médico que primeramente la vio, 'quedó con las tripas afuera' su esposa. Y no contento el sindicado con las nueve heridas que le había propinado a Verónica, continuaba buscándola para acabar de saciar su apetito sanguinario. Mas tan convencido estaba de que había herido mortalmente a su esposa e hija, que decía que sus demás hijos quedarían al amparo de Dios y de las personas caritativas".

También el señor Procurador transcribió en su vista el párrafo que acaba de copiarse "para refutar la tesis de la existencia del delito de heridas", y por cierto que a propósito de este punto hace el distinguido funcionario este certero comentario:

"Por lo que mira al delito de que fue víctima Verónica Posada de Berrío, si alguna equivocación se cometió en este proceso, a juicio de este Despacho, fue la de haber calificado de simple tentativa una infracción que fue más bien de uxoricidio frustrado".

De lo expuesto resulta que por este aspecto la causal de casación carece de fundamento en el presente recurso.

3º Sobre el último punto alegado con relación al cuerpo del delito o sea el referente a los reparos que se le han hecho en casación a la partida de bautismo de la hija a quien el procesado mató —si bien el recurrente puede tener la razón en aquello de que el Tribunal no ha debido cuando confirmó el enjuiciamiento disponer que durante el juicio el Juez de la causa trajera oficiosamente a los autos la prueba de estado civil correspondiente— también es cierto, como lo observa el señor Procurador, que la partida de origen eclesiástico aparece corroborada y complementada por abundante prueba testimonial y por el hecho mismo de que el procesado nunca puso ni ha puesto en duda que Rosa o Resurrección Berrío fuese su hija. De admitir lo contrario desaparecería hasta el móvil del delito y entonces podría pensarse en que el delito considerado hasta ahora como un parricidio voluntario debiera reputarse más bien como un homicidio común que —dadas la carencia de móvil y demás circunstancias— habría que juzgarlo como asesinato si se supone cometido inmotivadamente y en la persona de un extraño respecto del procesado.

Causal de nulidad

Para fundarla alega el recurrente dos motivos:

a) Equivocación en el nombre de uno de los miembros del Jurado.

Dice al efecto:

"Se incurrió en equivocación respecto a la identificación de uno de los señores que integran el Jurado. Causal prevista en el numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887.

"En efecto, en el acta de sorteo total, figura un señor Romerto París Gaitán, fs. 122, al correrse el traslado se corrió al señor Roberto París Gaitán y se ignora si la ficha que correspondió a Romerto París Gaitán es la misma que correspondió a Roberto París Gaitán. Tal persona firma el auto de audiencia, la citación, el traslado: R. París G.

"De donde no se sabe si el señor sorteado sea Romerto o Roberto y la duda sobre su identidad es causal suficiente para que se convoque un nuevo Jurado".

El error de máquina consistente en haber cambiado una letra del nombre Roberto de tal manera que se lee Romerto (acta del sorteo de Jurados) no alcanza a revestir la gravedad o siquiera la seriedad necesaria para pensar que realmente se hubiera incurrido en una confusión de personas. Entre otras cosas porque el nombre Romerto no existe,. La Sala cree, con el señor Procurador, que es innecesario entrar en un análisis más extenso de este punto; y

b) Pretermisión del artículo 12, Ley 118 de 1931 y quebranto del artículo 22 de la Constitución, por cuanto el Juez de Derecho estuvo en comunicación con los miembros del Jurado mientras éstos deliberaban y antes de pronunciar el veredicto.

Sobre este aspecto de la causal de nulidad observa la Corte:

1º El Juez fue llamado por uno de los miembros del Jurado; no se sabe si los "breves momentos" que el mismo Juez certifica haber estado con los Jurados habló con todos ellos o solamente con el que lo llamaba;

2º Tampoco se sabe qué hablaron el Juez y el Jurado o los Jurados, ni mucho menos se sabe si esa conversación influyó en cualquier forma en el veredicto. Y aquí ocurre preguntar: si el veredicto simplemente afirmativo se profirió por mayoría de cuatro votos ¿el otro miembro del Jurado, que hizo una adición a su respuesta afirmativa no sería quien con toda probabilidad solicitó la presencia del Juez para inquirir de él si podía en esa forma salvar su voto?

3º Como lo anota el señor Procurador, las causales de nulidad están enunciadas taxativamente por la ley y entre ellas no figura la supuesta intervención del Juez de Derecho en la deliberación del Jurado.

No resulta, pues, fundada la causal de casación consistente en violación de la ley procedimental por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Causal de notoria injusticia del veredicto.

La propone el señor apoderado en los términos siguientes:

"Es injusto el veredicto, artículo 3, Ley 1887 de 1931, numeral 5º.

"Es injusto el veredicto por no haberlo dictado el Jurado de Hecho sino el Juez de Derecho, por ignorarse cuál ha debido ser la opinión fundamental de los Jueces de conciencia por la intromisión de un extraño.

"Esta circunstancia fue debatida".

Sobre el fondo y la forma de la alegación hecha al respecto, observa la Corte:

Es cierto que el punto fue debatido en instancia, pues el alegato del defensor ante el Tribunal trae sobre este particular un párrafo que dice:

"Le está prohibido por la ley a los Jueces de Derecho intervenir en las deliberaciones, luego se ha violado los trámites propios del juicio y se ha dado origen a una injusticia notoria, por cuanto, el procesado tiene derecho a una atenuante que no fue reconocida por el jurado de conciencia a virtud de la opinión del Juez de Derecho.

"Por tanto, solicito se declare la injusticia del veredicto y en subsidio la nulidad por haberse pretermitido las disposiciones legales".

Sin mayor esfuerzo se ve que hay grave error al hacer el siguiente razonamiento: el juez de derecho intervino en la confección del veredicto, esto constituye una irregularidad, luego el veredicto es absolutamente injusto.

Aún suponiendo que estuviera demostrada la ingerencia del Juez en la decisión del Jurado, punto que en otro lugar de la presente sentencia se examina, podría ponérsele el estigma de ser apócrifo, de no emanar de los jueces de conciencia, pero ello no implicaría injusticia ni menos injusticia notoria, pues ésta consiste en una oposición evidente entre el veredicto y la realidad, un veredicto contrario abiertamente a las pruebas.

Esta sola consideración hace innecesario entrar en el estudio detallado de las pruebas. Baste advertir que los hechos delictuosos de que trata el informativo están superabundantemente comprobados con numerosa prueba testimonial a más de los dictámenes médicos, etc., que no permiten poner en tela de juicio las imputaciones hechas a Tomás Berrío.

Causal de indebida aplicación de la ley penal

Como **primer motivo** para alegar esta causal invoca el recurrente la circunstancia de haber intervenido el juez de derecho en la deliberación del Jurado con lo cual se violó el artículo 22 de la Constitución porque esa intervención vino a mermar las garantías procesales del reo.

Observa atinadamente el señor Procurador de la Nación respecto de este punto: que no está demostrada la influencia que ejerciera el juez de derecho en el ánimo de los jurados y que si hubo irregularidad por parte del Juez ella no está erigida en motivo de nulidad. A esto agrega la Sala que el Juez fue llamado a instancias de uno de los miembros del Jurado, por breves minutos y que la independencia con que éstos obraron se ve por la circunstancia de no haber sido unánime el veredicto: uno de los jurados puso adición a la respuesta afirmativa y los cuatro restantes se limitaron a contestar "Sí es responsable". Además: ¿qué tiene que ver la causal de indebida aplicación de la ley penal con la entrada del Juez al recinto de los jurados?

El **segundo motivo** para fundar esta causal es el haberse aplicado indebidamente el artículo 615 del Código Penal y el transitorio b) del Acto Legislativo número 3 de 1910, siendo así que debiera haberse aplicado el artículo 600 del Código (con el aumento a que alude el 618) y para la tentativa, el artículo 8º ibídem todo

sobre la base de que "no pesan agravantes a cargo de Berrío".

Acerca de este reparo o motivo de casación contesta el señor Procurador:

"Está de acuerdo la Procuraduría con el recurrente en que la sentencia del Tribunal es violatoria de la ley penal, por indebida aplicación de la misma, pero no por el aspecto en que está planteada esta cuestión de la demanda, sino en cuanto se reprimió el parricidio consumado como si se tratara de un parricidio de los menos graves, o sea, de los que dan lugar a que tenga aplicación el artículo 618 del Código Penal.

"Algo más: piensa este Despacho que el fallo del Tribunal está en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder y con el veredicto del Jurado, lo que constituiría causal de casación, si no fuese porque en el caso presente el recurrente es el reo y es jurisprudencia unánime de la Corte que aquel recurso extraordinario no puede hacer más gravosa la situación del procesado, cuando ha sido éste quien alega la casación.

"En el auto de proceder está claramente concretado el cargo contra el procesado, tanto en la parte motiva como en la parte resolutiva. En aquélla se dijo:

'El homicidio perpetrado en su hija Resurección Berrío es uno de los llamados simplemente voluntarios, pues no existe prueba suficiente que haga presumir la premeditación. Mas por tratarse de un descendiente toma la denominación de parricidio (artículo 593 del Código Penal) y se considera como uno de los casos más graves (artículo 615 ibídem, numeral 2º)'.

"Contra Tomás Berrío, por lo que acaba de transcribirse, se planteó en el auto de llamamiento a juicio, el delito de parricidio voluntario, sin premeditación, perpetrado en la persona de su hija Rosa o Resurrección Berrío.

"El cuestionario referente a este delito está de acuerdo con el auto de proceder, y es del tenor siguiente:

'El acusado Tomás Berrío es responsable, sí o nó, de haber dado muerte voluntariamente a su hija Rosa o Resurrección Berrío mediante una herida causada con arma cortante y punzante, hecho ocurrido en la población de Girardot de este Distrito Judicial, el veintiséis de octubre de mil novecientos treinta y siete en las horas de la noche?'.

"Cuatro Jurados respondieron:

'SI ES RESPONSABLE'.

"Uno de los Jurados contestó:

'SI, MEDIANDO INJURIAS GRAVES'.

"El auto de proceder se refiere a un parricidio simplemente voluntario, el cuestionario está de acuerdo con ese auto de proceder, y el veredicto, por mayoría de cuatro votos, es simplemente afirmativo.

"En estas condiciones, cuál era, ante los textos del Código Penal de 1890 y ante la jurisprudencia copiosa y unánime de la Corte Suprema de Justicia, la disposición aplicable para sancionar ese delito?

"En concepto de esta Procuraduría, la disposición aplicable era la del artículo 615 de aquella obra, en armonía, naturalmente, con el Acto Legislativo de 1910.

"En realidad, la Procuraduría declara, con todo respeto, pero también con entera franqueza, que no se explica por qué se dio aplicación en este caso al artículo 618 del anterior Código Penal, que se refiere a casos excepcionalísimos en que el parricidio se consuma en circunstancias que le restan gravedad a la infracción, y, por ende, atenúa la responsabilidad del agente y disminuye la penalidad genérica, tal, por ejemplo, el parricidio simplemente voluntario cometido en riña promovida por la víctima o en momento de recibir ofensas graves o de ser provocado por golpes o violencias.

"Seguramente el doctor Virgilio Beltrán, defensor del procesado, participa de la misma opinión de la Procuraduría, pues en la audiencia pública al terminar su ex-

posición concretó su pedimento solicitando a los jueces de conciencia que absolvieran a su defendido 'o que en subsidio contestéis el cuestionario: **'Si es responsable pero en el acto de recibir ofensas graves'.**

"¿Qué pretendía la defensa con esta solicitud subsidiaria?

"Pues sencillamente que se calificara el parricidio voluntario como menos grave, a fin de poderle dar cabida a la aplicación del artículo 618 del Código Penal antiguo.

"Pero resulta que el Jurado no accedió a lo pedido por el defensor y entonces la única disposición aplicable era el artículo 615, que con razón ha sido muy criticado por equiparar la pena para todos los parricidios, sean voluntarios o premeditados o con carácter de asesinato.

"Que el artículo 618 tántas veces mencionado sólo puede aplicarse en los casos excepcionales de atenuación, no es una teoría que esté inventando ahora la Procuraduría, sino que es una doctrina varias veces expuesta por la Corte".

Y copia a continuación el señor Procurador, en apoyo de su tesis, dos sentencias de la Corte.

Sería superfluo agregar más consideraciones sobre este punto.

Tercer motivo para fundar la causal 1ª de casación: se aplicó indebidamente lo dispuesto en el Capítulo 1º del Título 1º, Libro Tercero del Código en vez de los correspondientes artículos del Capítulo 6º **ibídem,** porque no se ha probado que Berrío tuviese el designio de dar muerte a su esposa ni preparado la ejecución de tal hecho "previa deliberación y escogencia de medios", es decir, no están reunidos los elementos de la tentativa punible tales como los enumera el artículo 5º del Código Penal de 1890.

Sobre esto se observa:

El aspecto por el cual se alega este tercer motivo en relación con la causal 1ª no es pertinente a ella, considerada de una manera específica. Es claro que al prosperar el recurso de casación por cualquier causal, queda aceptado implícitamente que la aplicación de la ley penal fue indebida. Pero cuando la sentencia aplicó la disposición penal correspondiente al veredicto del Jurado y sobre los cargos formulados en el auto de proceder, no es viable la causal 1ª. Si lo que se pretende, como en el presente caso, es sostener que hubo error en la denominación del delito, entonces la causal que debería invocarse es la de nulidad. Por supuesto que tampoco hubo en este proceso error en cuanto a la denominación del delito: el delito cometido por Tomás Berrío en la persona de su hija no pone en duda el recurrente que fue un homicidio; y la tesis planteada por él en relación con el delito que Berrío cometió contra su mujer, tesis según la cual no hubo tentativa de homicidio sino heridas, tampoco sería aceptable. Como se vio a propósito de otra de las causales alegadas, las circunstancias del hecho no sólo justifican la denominación de homicidio sino que hubo lenidad en las instancias al considerarlo como simple tentativa no como homicidio frustrado.

De haber indebida aplicación de la ley penal sería por la benignidad con que se determinó en el presente caso la pena; pero como el recurso no puede entenderse interpuesto y concedido sino en lo desfavorable al procesado, no sería dable invalidar la sentencia con el objeto de elevar la sanción en perjuicio del recurrente.

Laudable empeño el de un defensor que, partiendo de esa pena relativamente benigna, trata de que se reduzca todavía más.

Pero es preciso convenir en que trece años de presidio por la muerte violenta de una hija y por el intento de matar a la esposa propinándole al efecto nueve cuchilladas, no es una sanción excesiva ni mucho menos; y esto con el Código Penal de 1890 o con el nuevo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el

parecer del señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y NO INFIRMA, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Tomás Berrío la pena principal de trece años de presidio por los delitos de homicidio (parricidio) en la persona de su hija Rosa o Resurrección Berrío y por tentativa de uxoricidio en la persona de su legítima esposa Verónica Posada de Berrío.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

—José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Manuel Caicedo Arroyo — Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS *PER SE* QUE COMPORTAN CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Hay inexactitud en lo absoluto del principio sentado por el señor Procurador de que los delitos *per se* nunca comportarán circunstancias agravantes. Ya había dicho la Corte que "hay delitos *per se* que sí son agravantes". Y sencillamente así es. Empezando por lo más elemental, las condenaciones anteriores que no abrieran campo a reincidencias computables, se reputaban agravantes en la legislación penal de 1890 (artículos 143, 144 y 145). Y en el Código de 1936 el haber incurrido anteriormente en condenaciones judiciales o de policía, es una circunstancia de mayor peligrosidad en cuanto no se haya previsto como modificadora del delito nuevo, por reincidencia que agrave la sanción (artículos 34 y 37). Los ejemplos que cita la Corte en la parte motiva de la sentencia hacen ver que su doctrina no es extravagante.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Campo Elías Aguirre).

V i s t o s :

Enjuiciado Guillermo Vásquez Medina por los delitos de falsedad y estafa (tentativa), cometidos en Barranquilla el cuatro de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, el Jurado afirmó que aquél era responsable de tales hechos, a causa de lo cual el Juez 2º Superior de allí condenó al reo a ocho años de prisión, aplicando los artículos 31 y 240 del Código Penal.

Modificó el Tribunal Superior de Barranquilla la sentencia, e impuso a Vásquez Medina cinco años y ocho meses de presidio, como sanción principal, con apoyo en el artículo 233 **ibídem**, sin expresar nada en cuanto al concurso de las dos infracciones.

El procesado recurrió en casación, pero el alegato que adujo no es la demanda que la ley exige, por lo que la Procuraduría pide que se observe el mandato del artículo 565, Ley 94 de 1938.

Efectivamente, Vásquez Medina sólo dice, en síntesis, que hubo mala aplicación de la ley procedimental y de la ley penal, pues el Tribunal acogió un dictamen de peritos sobre la falsedad, cuando ha debido tener en cuenta otro dictamen que favorecía al reo.

No explica el recurrente su aseveración y, entonces, la Corte carece de materia para un estudio de fondo.

Dos observaciones incidentales extendió el señor Procurador Delegado en lo Penal, y son las siguientes:

"1ª—Que el Juzgado al reprimir los delitos cometidos por el acusado, optó por el concurso formal de infracciones contemplado en el artículo 31 del Código Penal, lo cual implica un error. Vásquez Medina no violó **con un mismo hecho** —como lo requiere el concurso formal— varias disposiciones de la ley penal, sino que él ejecutó acciones criminosas distintas respecto de un instrumento negociable cuya falsificación tiene la misma gravedad de la del **documento público**, según el artículo 233 del Código Penal, y, por lo tanto, no es de la esencia de este delito que se produzca el perjuicio de terceros. Si el perjuicio se intenta o se causa, nacerá entonces un nuevo delito imperfecto o completo, y de esta manera se estará en

presencia de un concurso material de infracciones, que fue lo que ocurrió aquí: la falsedad y la estafa. Luego el artículo 33 del Código, referente al concurso material, era el aplicable al acusado Vásquez Medina, y no el 31.

"2—Que el Tribunal omitió en su fallo expresar cuál era el criterio que seguía para reprimir los dos delitos cometidos por el acusado. Sólo aludió al artículo 233 del Código Penal que versa sobre la falsedad, y en cuanto a la tentativa de estafa nada dijo.

"No se sabe si el Tribunal aumentó la penalidad correspondiente al delito de falsedad tomando la tentativa de estafa como mera circunstancia accesoria o como delito con individualidad propia, per se. Esto porque el mismo Tribunal dice en la sentencia:

'La circunstancia de la tentativa habrá de apreciarse en el fallo para los elementos de la pena correspondiente'.

"Tratándose de un concurso de delitos, ya formal o material, la represión en tales casos se hace por el sistema de la acumulación jurídica consagrado por los artículos 31 y 33 del Código Penal; no habrá, pues, cómo sostener que en nuestro derecho positivo hay delitos per se que sí son agravantes; esto sería un disparate. Aún más: cuando una circunstancia de mayor peligrosidad se encuentre en la parte especial del Código como elemento constitutivo de un delito, ya dejará de ser accesoria y no podrá tenerse en cuenta para agravar la respectiva sanción de ese delito (artículo 37 ibídem).

"En el proyecto Ferri si se consagraba el principio de que en el concurso de delitos debía aplicarse la sanción correspondiente al más grave, y los demás se consideraban como circunstancias de mayor peligrosidad.

"Al efecto, el artículo 23 de ese proyecto decía:

"Al responsable de varios delitos le será aplicada la sanción establecida para el delito más grave, y se considerarán los otros delitos como circunstancias de mayor peligrosidad según los párrafos segundo y tercero del artículo 75'.

"De suerte que la teoría de los delitos per se como circunstancias agravantes resulta estrambótica entre nosotros".

Ajustadas al derecho están, casi en su totalidad, las dos observaciones que acaba de copiar la Sala.

No en su totalidad, porque hay inexactitud en lo absoluto del principio de que los delitos per se nunca comportarán circunstancias agravantes.

La Corte en fallo de 8 de julio del presente año (recurso de casación de Simeón Flor Olave, por homicidio, "Gaceta Judicial", números 1984 y 1985, junio y julio de 1942, páginas 408 a 414), manifestó, en opinión contraria a la del señor Procurador Delegado en lo Penal: "Y hay delitos per se que sí son agravantes".

Contemplaba la Corte un caso de heridas perpetrado en enero de 1938 y en la contingencia del artículo 620 del Código Penal de 1890, hecho que se reprimió con arreglo a las disposiciones de ese Código.

Pues bien: el reo se fugó de la cárcel durante la instrucción del sumario, y por la fuga se ordenó iniciar un proceso separado.

Y vino el problema que planteó el señor Procurador acerca de que la fuga, siendo un delito per se, no era una circunstancia agravante constitutiva de mala conducta en el juicio por heridas.

Como el Juez y el Tribunal correspondientes no dedujeron de la fuga la mala conducta del heridor; como la evasión pudo no haber sido delictuosa (inciso segundo del artículo 284 del Código de 1890), y como la Procuraduría no sujetó a ninguna excepción su rotunda tesis de que un delito per se jamás es posible estimarlo en calidad de agravante, la Sala, sin ofrecer ningún ejemplo pues creyó que el punto no se prestaba a dudas, dijo, sencillamente, que había delitos per se que sí eran agravantes.

Y sencillamente así es.

Empezando por lo más elemental, las

condenaciones anteriores que no abrieran campo a reincidencias computables, se reputaban agravantes en la legislación penal de 1890 (artículos 143, 144 y 145). Y en el Código de 1936 el haber incurrido anteriormente en condenaciones judiciales o de policía, es una circunstancia de mayor peligrosidad en cuanto no se haya previsto como modificadora del delito nuevo, por reincidencia que agrave la sanción (artículos 34 y 37).

Y otros ejemplos, también obvios:

a) Supóngase el caso de un hecho de grande entidad, cometido antes de entrar a regir el Código Penal de 1936, y al cual hecho deban aplicarse las normas del Código Penal de 1890. Durante la investigación el delincuente, que está encarcelado, incurre v. g. en un delito de heridas o lesiones personales. Abiertas las causas respectivas por jueces diversos se omite la acumulación, lo que sucede con frecuencia, y recae fallo definitivo en la de heridas o lesiones, antes de sentenciar al procesado por la infracción grave. Este fallo se ejecutoría, y al juicio no concluído se llevan las copias de la condenación. Y qué pasa? Que no comportando ello reincidencia pues no se cumple la condición del primer inciso del artículo 141, Código de 1890, el delito **per se** de heridas es agravante para el otro bajo el aspecto de **mala conducta** del reo en la cárcel mientras sufría detención preventiva por el hecho primero (circunstancia 11ª del artículo 117 **ibídem**);

b) Trasládese el precedente ejemplo a violaciones de la ley penal consumadas en la vigencia del Código de 1936, y siempre ocurrirá que el delito **per se** de lesiones personales es un agravante de la primera infracción, no por ser circunstancia de mayor peligrosidad, que sería inadaptable a la enumeración taxativa del artículo 37, sino porque la sentencia condenatoria acusaría la **personalidad** peligrosa del agente, personalidad que es una de las bases esenciales para imponer la pena, conforme al artículo 36; y

c) En un concurso de delitos, ideal o real, prescribe la acción penal para uno de los hechos. Y aun cuando la cesación del derecho de imponer pena por el transcurso del tiempo se funda en una **presunción de olvido** del delito, lo cierto es que el hecho infractor de la ley penal subsiste, no se borra, y a pesar de la declaratoria de prescripción es menester tenerlo en cuenta como agravante en la condenación del procesado por el o los otros delitos.

Bastan los casos aducidos para probar cómo en el derecho penal colombiano sí hay delitos **per se** que en ocasiones pueden ser agravantes.

De manera que la teoría de la Corte ni es extravagante ni es una atrocidad o doctrina necia, que a eso equivalen los calificativos del señor Procurador Delegado en lo Penal, quien empleó, en alusión descomedida a la Corte Suprema, las palabras "disparate" y "estrambótica", contra la verdad legal y jurídica, inmoderada e irrespetuosamente.

Porque Guillermo Vásquez Medina no fundó el recurso de casación que interpuso, lo declara desierto la Sala, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en armonía con el parecer del señor Procurador.

Se condena en costas al recurrente.

Devuélvase el proceso al Tribunal Superior de Barranquilla.

Notifíquese, cópiese y publíquese esta providencia en la "Gaceta Judicial".

Campo Elías Aguirre — José Antonio Montalvo—Manuel Caicedo Arroyo—Julio E. Argüello R., Secretario.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

Habiéndose cumplido el tiempo que, para casos como el que relata el proceso señala el artículo 153 del nuevo Código Penal, declaró la Corte prescrita la acción penal, de conformidad con el artículo 105, inciso 2º del mismo Código, en el juicio seguido contra el ex-Administrador de Hacienda Nacional de Puerto Asís, por malversación de fondos públicos.

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

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Con fecha siete de junio de mil novecientos treinta y siete la Corte abrió causa criminal contra el ex-Administrador de Aduana y Hacienda Nacional de Puerto Asís, señor Anselmo Moreno Reyes. El sumario se había iniciado en julio de mil novecientos treinta y cinco.

La ley de Procedimiento que regía entonces atribuía a la Corte competencia para conocer, en única instancia, de los procesos contra funcionarios de aquella categoría.

Se imputó en un principio al señor Moreno Reyes el hecho de haber ordenado desde Puerto Asís, por telegramas dirigidos a la Tesorería General de la República, la entrega de diez pesos ($ 10) primero y de sesenta pesos ($ 60) luégo a la señora Rosalbina de Moreno, sin que el Administrador de Hacienda de Puerto Asís hubiese contabilizado allí tales partidas.

También se le hacía el cargo de haber omitido la contabilización de un giro por ochocientos cincuenta pesos ($ 850) contra la Tesorería General y a favor del Banco de Bogotá, consignados en Puerto Asís por el doctor José E. Ucrós Guzmán.

En la primera vista emitida sobre este proceso por el Procurador General de la Nación (en ese entonces el doctor Alberto H. Torres) se solicitaba de la Corte llamamiento a juicio pero no propiamente por malversación o uso indebido de caudales sino por negligencia del señor Moreno Reyes consistente en la no contabilización de algunas partidas, circunstancia demostrativa de que no llevaba sus cuentas en forma legal, lo cual era punible al tenor del artículo 469 del Código Penal de 1890 vigente a la sazón.

Pero la Corte, al llamar a juicio al ex-Administrador de Hacienda Nacional de Puerto Asís, le formuló el cargo concreto de apropiación indebida de caudales públicos, de acuerdo con el parecer del Procurador General de la Nación que al tiempo del enjuiciamiento era el doctor Absalón Fernández de Soto.

Sin embargo, no decretó la Sala en esa oportunidad el encarcelamiento del señor Moreno Reyes por la "situación de duda con respecto a la disposición penal infringida", como lo dijo el auto de proceder, concepto que completó con esta frase: "no todo delito contra la Hacienda Pública se sanciona con pena corporal".

Por la parte del sindicado se desarrolló una prolongada labor probatoria que vino a modificar los saldos deducidos inicialmente en contra suya.

Cuando agotadas en lo posible las diligencias para llevar a cabo la práctica de las pruebas solicitadas y reclamadas pasó el asunto en traslado al Agente del Ministerio Público para alegar, el señor Pro-

curador Delegado en lo Penal se expresó así:

"Al estudiar la cuestión de fondo, encuentra la Procuraduría que la acción penal está prescrita al tenor del nuevo Código Penal, que en estos casos debe aplicarse sin sujeción a las exigencias del artículo 41 de la Ley 153 de 1887, según lo resuelto por la H. Corte en el sumario por responsabilidad contra Aníbal A. Córdoba, Comisario Especial del Putumayo.

"De acuerdo con el Código Penal de 1890, el acusado tendría pena corporal y la prescripción de la acción requeriría diez años, que aún no se han cumplido.

"Pero como el artículo 153 del nuevo Código fija sanción privativa de la libertad de uno a seis años de prisión para el caso presente, la acción penal prescribe entonces en seis años, conforme al artículo 105 (inciso 2º) de la misma obra, tiempo que ya se cumplió en julio del año pasado.

"El nuevo Código es, pues, más favorable al acusado y debe aplicársele de preferencia, siguiendo los principios constitucionales y legales que rigen al respecto.

"Lo cual quiere decir que prácticamente el delito de peculado cometido por el señor Moreno Reyes quedó impune, pues el tiempo que estuvo detenido preventivamente fue muy poco y ni siquiera prestó fianza para obtener su libertad (Fs. 49 y 98 del cuaderno 1º).

"Por lo expuesto, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que declare prescrita la acción penal y, en consecuencia, cesado todo procedimiento contra el señor Anselmo Moreno Reyes por el delito de peculado que se le imputó en este proceso".

Contra esta dilatada actuación probatoria en busca de la verdad, justo es anotarlo, jamás se opuso el señor Procurador. Por otra parte, el hecho de que en el curso del proceso se hubiera ido reduciendo el saldo que en un principio apareció a cargo del señor Moreno Reyes, indicaba como indispensable agotar la práctica de las pruebas solicitadas por el procesado o por un defensor, pues dado aquel antecedente era verosímil que al efectuar una aclaración perfecta de las cuentas no resultara a la postre un déficit efectivo. De ahí que sea quizás exagerado aseverar rotundamente que en este caso "el delito de peculado cometido por el señor Moreno Reyes quedó impune".

El defensor del procesado, Dr. Eduardo Piñeros y Piñeros, aceptando la tesis de la prescripción, glosa la vista del señor Procurador en los términos siguientes:

"El señor Procurador Delegado en lo Penal, doctor Jorge Gutiérrez Gómez, pide que se declare prescrita la acción penal y se declare cesado todo procedimiento en contra del señor Moreno Reyes mi defendido. Yo estoy de acuerdo con esta solicitud por ser estrictamente legal. Pero no estoy, ni puedo estar de acuerdo, por no estar ajustadas a la realidad, por lo que hace a las consideraciones del señor Delegado en cuanto a la responsabilidad de mi cliente.

"En primer lugar la cuantía deducida por el señor Delegado de las sumas de $ 450.00, $ 60.00 y $ 10.00, como apropiadas indebidamente por el señor Moreno Reyes, es inexacta. No es esa la suma que se dice haberse apropiado el sindicado.

"Es verdad que la Contraloría General eleva el alcance definitivo por esa cantidad, pero no es menos verdad, que según puede verse con fecha 27 de mayo de 1935, y al folio 5 del cuaderno número 2, que el señor Moreno Reyes remitió con la correspondiente factura de traspaso de fondos a la Tesorería General de la República, y ésta lo recibió, como se acredita con la nota de fecha 11 de junio que corre al folio 4 del cuaderno número 2, un giro por valor de $ 324.38, valor que no lo ha sido reconocido por razones legales, pero de cuya verdad no puede dudarse un momento. Queda así por lo menos reducida la cuantía a la insignificante cantidad de $ 195.62.

"En este caso no puede estimarse la cuantía por el alcance deducido por la Contraloría, sino que deben tenerse en

cuenta todas las sumas que Moreno Reyes ha entregado para abonar a su cuenta con la Nación. Del saldo restante debe tenerse presente que a Moreno Reyes no se le pagó el último sueldo a que tenía derecho, ni se le reconocieron gastos de viaje algunos, cosa acostumbrada cuando se retira un empleado de responsabilidad.

"Obra en los autos una declaración en la cual consta que Moreno Reyes tuvo que vender, para atender a sus gastos personales, la montura, el revólver, y todos sus enseres.

"En estas condiciones no es posible aceptar integralmente las conclusiones del señor Procurador respecto de la responsabilidad de mi defendido, pero, como se llega a la misma conclusión de la prescripción de la acción y de la pena, solicito respetuosamente de vosotros, señores Magistrados, que así la declaréis y ordenéis el archivo del expediente".

Como se ve, el defensor no llega hasta considerar completamente eliminado el saldo a cargo del ex-Administrador de Hacienda, señor Moreno Reyes, pero sí "reducida la cuantía a la singnificante cantidad de $ 195.62.

Según lo dispone el artículo 112 del Código Penal podría el interesado haber renunciado la prescripción; pero lejos de hacerlo así coadyuva la solicitud formulada en tal sentido por la Procuraduría de la Nación. Y como esta elevada entidad hace ver en forma palmaria que la acción penal está prescrita, así debe declararlo esta Sala, con aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, de acuerdo con lo pedido por el señor Procurador Delegado, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que está PRESCRITA la acción penal en el presente juicio seguido contra el ex-Administrador de Hacienda Nacional de Puerto Asís, señor Anselmo Moreno Reyes, por malversación de fondos públicos, y ordena que cese todo procedimiento contra él por esta causa.

Cópiese, notifíquese, insértese en la "Gaceta Judicial" y archívese el expediente.

José Antonio Moltalvo—Manuel Caicedo Arroyo—Campo Elías Aguirre—Julio E. Argüello R., Secretario.

SANCION PENAL CONTRA LOS JUECES QUE LITIGAN EN CAUSA PROPIA

No se ve la razón por la cual sea inaplicable el artículo 512 del Código de 1890 en el caso de que un juez litigue en causa propia. Verdad es que las funciones de mandatario, apoderado, albacea y consultor dicen relación a negocio ajeno; pero esto es diferente de "abogar o ejercer como abogado en causa propia"; una y otra actividad están prohibidas bajo sanción.

El artículo 216 del viejo Código Judicial prohibía a los empleados judiciales y a los del Ministerio Público ser mandatarios, apoderados o albaceas y "abogar en negocios judiciales", con la advertencia de que si el empleado judicial tenía que litigar en causa propia debía constituír apoderado. La sanción correspondiente a los violadores de esta norma prohibitiva era la establecida por el artículo 512, arriba citado, del anterior Código Penal.

Reprodujo la Ley 105 de 1931 (Código de Procedimiento Civil) en su artículo 18 la prohibición; y el nuevo Código Penal señaló la sanción para los violadores de tal norma (artículo 179 Ley 95 de 1936). De manera que se ha guardado tradición legislativa en este punto.

Y así, contemplando como infracción punible el ejercicio de la abogacía (aún en causa propia) la antigua y la nueva ley, puede sancionarse hoy un hecho cometido cuando regía el antiguo Código, puesto que lo consideran punible tanto la ley coetánea a su ejecución como la ley vigente al tiempo del juicio. Otra cosa es que cuando se vaya a dictar sentencia, si hubiere lugar a ella, se comparen las dos leyes para aplicar la que resulte más favorable al sindicado, de acuerdo con axiomático principio de derecho reconocido por nuestra Constitución y por nuestras leyes.

Estima esta Sala que el Tribunal de Medellín obró con acierto al considerar que una infracción cometida bajo la vigencia de la ley anterior debía tener su correspondiente disposición en la ley nueva para llamar a juicio bajo el imperio de la última. Y también anduvo acertado al contemplar como norma infringida la del artículo 512 del antiguo Código repetida, *mutatis mutandis*, por el 179 del Código Penal de 1936.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, dos de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

El doctor Antonio Amézquita, cuando desempeñaba el cargo de Juez de Circuito de Urrao, fue demandado por la señora María Teresa Montoya "para obtener, dice el señor Fiscal del Tribunal Superior de Medellín, el pago de la insignificante suma de treinta y cuatro pesos setenta y cinco centavos ($ 34.75), valor de servicios de alimentación".

"El doctor Amézquita, según comentario del mismo Fiscal, olvidando su investidura judicial o mereciéndole ella muy poco respeto, y en todo caso, procediendo contra disposición expresa de la ley, se embarcó en tan menudo pleito, contestando personalmente la demanda y actuando en la misma forma en el curso del juicio, con actividad digna de mejor causa".

La señora Montoya dirigió telegrama a la Procuraduría General de la Nación en que le da cuenta de que el demandado

en aquel juicio, doctor Amézquita, estaba actuando personalmente, con violación de la ley.

Envió la Procuraduría esta queja de la señora Montoya al Presidente del Tribunal Superior de Medellín para que si lo creía del caso iniciara el correspondiente "juicio de responsabilidad" contra dicho Juez por litigar en causa propia".

Se inició efectivamente la investigación y sobre ella dictó el Tribunal Superior de Medellín auto de proceder en el cual ordena seguir juicio de responsabilidad "por los trámites extraordinarios" al ex-Juez de Circuito de Urrao, doctor Amézquita.

Nótese que la Procuraduría de la Nación habló de "juicio de responsabilidad" y que el Tribunal Superior de Medellín abrió causa "por los trámites extraordinarios", debido a que los hechos imputados al doctor Amézquita se habían cumplido cuando regía aún la anterior legislación penal que establecía ese procedimiento especial para juzgar a los funcionarios públicos por hechos que aparejaran pena no corporal.

El precitado Tribunal Superior de Medellín, que profirió el enjuiciamiento estando ya en vigencia el nuevo Código Penal se valió en la parte resolutiva de su auto de una frase o fórmula tendiente a indicar que el hecho incriminado se tiene por infracción punible tanto en la legislación coetánea al hecho como en la que ahora rige, y así, dijo:

"Llámese a responder en juicio de trámites extraordinarios al doctor Antonio Amézquita Chaparro, por el delito de que trata el Capítulo IV, Título X, Libro II del Código Penal de la anterior vigencia, que el actual define y castiga en el Capítulo VI, Título III, Libro II, hecho consistente en haber litigado personalmente en juicio que le adelantó la señora Teresa Montoya".

Por haberse dificultado encontrar al doctor Amézquita se demoró más de un año la notificación del auto de proceder. Apeló el interesado y el señor Magistrado sustanciador le concedió el recurso; pero al venir el expediente a la Corte se ordenó devolverlo para que la apelación fuera otorgada por la Sala, formalidad que se cumplió.

Alega en defensa suya el Juez doctor Amézquita que la prohibición legal de ejercer la abogacía en causa propia sólo puede referirse al caso de que el funcionario sea demandante, no a la situación de demandado porque entonces, según el criterio del doctor Amézquita la causa no es propia sino ajena por ser de otra persona, es decir, del demandante.

Tanto el señor Fiscal del Tribunal Superior de Medellín como esta entidad desechan esa tesis considerándola hasta falta de seriedad. Algo semejante dice de ella el señor Procurador de la Nación.

Con todo, este ilustrado funcionario opina que el artículo 512 del antiguo Código Penal, referente a empleados públicos que violaran la prohibición de ejercer las funciones de apoderados, mandatarios, abogados, albaceas o consultores, "sólo contempla, dice el señor Procurador, el ejercicio de la abogacía por parte del empleado o funcionario público en negocios ajenos, y no en causa propia". "Lo que quiere decir, concluye el señor Delegado, que el cargo preciso imputado al doctor Amézquita no cabe en esta previsión legislativa".

Agrega el señor Procurador:

"Mas como el artículo 528 del mismo Código contiene una disposición más amplia y genérica, según la cual los funcionarios o empleados públicos que falten al cumplimiento de alguno o algunos de sus deberes, sí les cabe responsabilidad penal, éste será el artículo aplicable al presente caso, desde luego que el doctor Amézquita, en su carácter de Juez, tenía la ineludible obligación, impuesta por el artículo 18 de la Ley 105 de 1931, de constituír apoderado en la demanda ordinaria que le seguía la señora María Teresa Montoya".

De aceptarse la tesis propuesta por el distinguido Agente del Ministerio Público ante la Corte, la conclusión habría de ser favorable por completo al ex-juez doctor Amézquita, pues como la disposición

penal coetánea a su infracción —artículo 528 del Código de 1890— ha dejado de regir, no habría ley penal que aplicarle.

No se ve la razón por la cual sea inaplicable el artículo 512 del Código de 1890 en el caso de que un juez litigue en causa propia. Verdad es que las funciones de mandatario, apoderado, albacea y consultor dicen relación a negocio ajeno; pero esto es diferente de "abogar o ejercer como abogado en causa propia; una y otra actividad están prohibidas bajo sanción.

El artículo 216 del viejo Código Judicial prohibía a los empleados judiciales y a los del Ministerio Público ser mandatarios, apoderados o albaceas y "abogar en asuntos judiciales", con la advertencia de que si el empleado judicial tenía que litigar en causa propia debía constituír apoderado. La sanción correspondiente a los violadores de esta norma prohibitiva era la establecida por el artículo 512, arriba citado, del anterior Código Penal.

Reprodujo la Ley 105 de 1931 (Código de Procedimiento Civil) en su artículo 18 la prohibición; y el nuevo Código Penal señaló la sanción para los violadores de tal norma (artículo 179, Ley 95 de 1936).

De manera que se ha guardado tradición legislativa en este punto.

Y así, contemplando como infracción punible el ejercicio de la abogacía (aún en causa propia) la antigua y la nueva ley, puede sancionarse hoy un hecho cometido cuando regía el antiguo Código, puesto que lo consideran punible tanto la ley coetánea a su ejecución como la ley vigente al tiempo del juicio.

Otra cosa es que cuando se vaya a dictar sentencia, si hubiere lugar a ello, se comparen las dos leyes para aplicar la que resulte más favorable al sindicado, de acuerdo con axiomático principio de derecho reconocido por nuestra Constitución y por nuestras leyes.

Estima esta Sala que el Tribunal de Medellín obró con acierto al considerar que una infracción cometida bajo la vigencia de la ley anterior debía tener su correspondiente disposición en la ley nueva para llamar a juicio bajo el imperio de la última. Y también anduvo acertado al contemplar como norma infringida la del artículo 512 del antiguo Código repetida, **mutatis mutandi**, por el 179 del Código Penal de 1936.

Parece innecesario entrar en el examen de las pruebas del informativo, pues la cuestión de hecho ni siquiera se ha discutido: que el doctor Amézquita, siendo juez de circuito en ejercicio, abogó bien que en causa propia y como demandado en un juicio promovido contra él para el pago de una suma de dinero. Estos hechos y la calidad oficial del deudor Amézquita están demostrados en el expediente.

Conduce lo dicho a concluír que el auto apelado es legal y merece la aprobación del superior.

Por tanto la Corte, oído el parecer del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto del Tribunal Superior de Medellín, fechado el nueve de octubre de mil novecientos treinta y nueve, por medio del cual se llamó a juicio al doctor Antonio Amézquita Chaparro, ex-Juez del Circuito de Urrao, por haber litigado personalmente en un juicio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la "Gaceta Judicial" y devuélvase el expediente.

José Antonio Moltalvo — Manuel Caicedo Arroyo—Campo Elías Aguirre—Julio E. Argüello R., Secretario.

POR QUE HA CONSIDERADO LA LEY MOTIVO DE NULIDAD EL ERROR EN CUANTO A LA DENOMINACION GENERICA DEL DELITO. — CUANDO PUEDE CONSIDERARSE UN VEREDICTO NOTORIAMENTE INJUSTO

La ley ha considerado motivo de nulidad el error en cuanto a la denominación genérica del delito, porque en el llamamiento a juicio debe determinarse la clase de infracción punible con la claridad necesaria a fin de que el procesado sepa a ciencia cierta de qué cargo debe defenderse. En el caso de que trata la sentencia recurrida el error del juzgador consistió en un exceso de claridad: no se contentó con expresar la denominación genérica sino que empleó la específica. Ahora: perteneciendo la especie de parricidio al género homicidio no se ve por dónde pudo haber error en la denominación genérica, ya que el hecho no se presta a ambigüedades.

Varias veces ha dicho la Corte que no se puede, con el criterio de tarifa legal de pruebas, considerar injusto un veredicto ni, menos, notoriamente injusto, pues basta que tenga un fundamento razonable en el proceso.

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

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

Quince años de presidio impuso el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo a Manuel Angel Calderón como responsable de la muerte de su mujer legítima, Juana de Jesús Alvarado. Para señalar la cuantía de la pena el sentenciador aplicó en su mínimo la sanción señalada por el nuevo Código para este delito, pues el Juez de primera instancia había condenado a Calderón a veinte años de presidio, pena asignada en el Código de 1890, coetánea al hecho y considerando dicha ley más favorable al reo que el nuevo Código para el grave caso de parricidio sobre el cual versa este proceso.

El procesado recurrió en casación y el señor Procurador Delegado, impugna las pretensiones del recurrente.

Antes de entrar en el estudio de las causales que éste alega, conviene conocer las circunstancias del hecho delictuoso, las cuales aparecen relatadas en el auto de proceder y la sentencia de manera tan concisa como expresiva en los pasajes que a continuación se transcriben y que dicen así:

"Manuel Angel y Jesús Alvarado, cónyuges entre sí, según la partida de origen eclesiástico que obra al folio 154 del expediente que acredita el matrimonio católico que contrajeron en la Parroquia de Chita el veintiuno de enero de mil novecientos veinticuatro, en un principio hicieron la natural vida común de casados, procrearon tres descendientes a quienes llamaron Efraím, Pastor y Carmelita, pero posteriormente por lamentables desvíos del marido hacia mujeres distintas se separaron los esposos, quedando los hijos a cargo de la mujer. Después de algo más de seis años de ausencia del hogar el citado Angel, previo aviso que al respecto envió por conducto de Rosalbina Jiménez, en la noche del jueves seis de mayo de mil novecientos treinta y siete, acudió a la habitación de su esposa en cuyo lecho departió con ella algún rato y después pretextando la reconstrucción de su vida hogareña exigió de la confiada mu-

jer le acompañara a llevar algunos enseres que había dejado en lugares inmediatos, a lo que accedió aquélla, después de tomarse algunos tragos de aguardiente de una botella que Angel le había llevado de obsequio, saliendo en su compañía y habiendo sido vistos ambos por el camino veredal. Como transcurrieran los días sin que la Alvarado fuese vista por parte alguna, la preocupación de sus menores hijos y también la no menos interesada de los hijos de su primer matrimonio, porque conviene advertir que aquélla era viuda de Juan Fuentes, de quien le quedaron varios hijos y alguna fortuna, se empeñó con ayuda de los vecinos y la autoridad a inquirir por el paradero de aquella mujer y después de varios días de esta labor fue hallada muerta por extrangulación en un rancho abandonado en las proximidades del camino por donde fue vista por última vez en asocio de su esposo, hoy imputado como autor de la muerte sufrida por aquélla".

Procede la Corte a examinar las dos causales de casación que el recurrente propone.

1ª **Causal.** Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado sobre un juicio en que hay vicios de nulidad.

Dos motivos alega el procesado para fundar esta causal:

a) Error en la demostración genérica del delito porque el juzgador le hizo, en la parte resolutiva del enjuiciamiento, el cargo de parricidio premeditado.

Contesta este reparo con todo acierto el señor Procurador Delegado haciendo ver que si el Juez se equivocó al poner esa calificación en la parte resolutiva del auto de proceder, el Tribunal subsanó el error cuando resolvió acerca de la apelación interpuesta contra tal auto; y que, en todo caso, tampoco se había equivocado el Juez en la denominación genérica del delito en el sentido de clasificar la infracción dentro de un género diverso del que le correspondía. "El parricidio premeditado, dice el señor Procurador, es una especie del género homicidio, con lo cual se está reafirmando que no pertenece a otro género".

A esto agrega la Corte que la ley ha considerado motivo de nulidad el error en cuanto a la denominación genérica del delito porque en el llamamiento a juicio debe determinarse la clase de infracción punible con la claridad necesaria a fin de que el procesado sepa a ciencia cierta de qué cargo debe defenderse. De manera que en un caso como el de que trata la sentencia recurrida el error del juzgador consistió en un exceso de claridad: no se contentó con expresar la denominación genérica sino que empleó la específica. Ahora: perteneciendo la especie parricidio al género homicidio no se ve por dónde pudo haber error en la denominación genérica, ya que el hecho no se presta a ambigüedades. Y, se repite, el error del Juez quedó corregido en forma inequívoca por el Tribunal Superior al fallar la apelación interpuesta contra el auto de proceder.

b) El otro motivo de nulidad que se pretende hallar en el proceso es relativo a error en la época del delito pues el cuestionario propuesto al Jurado habla "de la noche del día seis de mayo" siendo así que el hecho pudo haberse consumado después de las doce de la noche.

"Basta enunciar el argumento del reo para ver su carencia de apoyo y de seriedad", dice el señor Procurador y así lo ve también la Corte.

Si el asunto no estuviera en casación y se tratara de dictar sentencia de instancia, la alegación del procesado acerca de este punto se volvería contra él porque si tan cierto está de que el crimen no ocurrió en las primeras horas sino después de las doce de la noche, este conocimiento de la hora induce otra sospecha de la responsabilidad del mismo que hace la aseveración.

2ª **Causal.** Notoria injusticia del veredicto. La funda el recurrente así:

"En las audiencias se debatió el valor de las declaraciones de los menores, hijos míos; se demostró jurídicamente que sus

dichos no tienen valor ninguno, porque se les obligó a declarar violando la Constitución y la ley. No aparece que se les haya hecho la observación de que no estaban obligados a declarar en contra de su padre, ninguna constancia existe; luego es evidente la presión sobre ellos. Además no podían renunciar a ese derecho, porque eran absolutamente incapaces. Dos causas intervienen para no poder aceptar valor al dicho de los menores: el haberlos obligado a declarar, el ser menores.

"Quitadas esas declaraciones la prueba indiciaria, de que tratan las sentencias, desaparece, y por tanto, es notoriamente injusto el veredicto".

Al enjuiciar enunciaron el Juzgado y el Tribunal los hechos que con categoría de indicios señalan a Manuel Angel Calderón como matador de su propia mujer.

Varias veces ha dicho la Corte que no se puede, con el criterio de tarifa legal de pruebas, considerar injusto un veredicto ni, menos, notoriamente injusto, pues basta con que tenga un fundamento razonable en el proceso.

No sólo las declaraciones de los menores hijos del reo tuvo en cuenta el jurado, sino todo un acervo de pruebas indiciarias, respaldo suficiente del veredicto condenatorio.

"La cuestión así planteada, dice el señor Procurador, se reduce a censurar que se hubieran llevado al proceso aquellas pruebas, no a la carencia de éstas para fundamentar la condena. El Jurado tuvo esas probanzas, y otras muchas, para proferir su veredicto que se ajusta a la verdad procesal.

"Esta causal, por lo tanto, tampoco tiene apoyo legal".

Para terminar la Corte, reconociendo el acierto con que obró como sentenciador el juez de primera instancia, acoge el comentario que el señor Procurador hace en el pasaje final de su vista así:

"Si algún reparo pudiera hacerse al fallo recurrido sería el de haber aplicado la ley penal con una benignidad injustificada y el de haber hablado de calificación en tercer grado de la delincuencia, en momentos en que se reprimía el delito de acuerdo con el nuevo Código Penal, cuyo Capítulo IV, Título I del Libro Primero se echó al olvido".

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, de acuerdo con el parecer del señor Procurador de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar, y NO INVALIDA, la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo fechada el veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta, que impuso a Manuel Angel Calderón la pena principal de veinticinco años de presidio como responsable de la muerte de su legítima mujer Juana de Jesús Alvarado.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Manuel Caicedo Arroyo — Julio E. Argüello R., Srio.

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION CONTRA LOS AUTOS DE SOBRESEIMIENTO PROFERIDOS POR LOS TRIBUNALES

La Corte encuentra acordes con la ley las razones dadas por el Tribunal sentenciador para negar el recurso de casación en este caso, porque el artículo 599 del Código de Procedimiento Penal dice de modo terminante que la parte civil podrá interponer aquel recurso "contra las sentencias condenatorias..... en lo referente a la indemnización de perjuicios", "en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557", ibídem.

Y en el presente caso el fallo del Tribunal ni es condenatorio ni es sentencia sino un simple auto por medio del cual se confirma el de sobreseimiento dictado por el juez inferior.

Tal ha sido, además, la jurisprudencia de la Corte sentada en otros fallos.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Antonio Montalvo).

VISTOS:

Por auto fechado el diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno el Juez Segundo Superior de Cali sobreseyó definitivamente a favor de Alfonso Salazar G. y otro; sindicados del delito de falsedad en documentos públicos, y el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial confirmó dicha providencia.

El doctor Evangelista Quintana R., en su carácter de parte civil en aquel proceso interpuso contra la providencia del Tribunal recurso de casación el cual le fue negado; para lo cual el Tribunal dijo lo siguiente:

"De acuerdo con el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal hay lugar al recurso de casación cuando se trata de sentencias proferidas en CAUSAS (no sumarios) de que hayan conocido los Juzgados Superiores, recurso que puede interponerse dentro de los quince días siguientes al de su notificación. Las disposiciones legales que se citan dicen muy claro que contra los autos de sobreseimiento definitivo no procede el recurso de casación, sin que valga alegar que tales autos, por el carácter definitivo que tienen, se equiparen a sentencias, toda vez que el ordinal 1º del artículo 156 del C. de P. P., transcrito antes, dice también muy claro, que son sentencias aquellas que se dictan en el **juicio,** que es cosa muy diferente al proceso, y autos, dice el ordinal 2º, los que allí se determinan, entre los cuales está la providencia en que se califica el mérito del sumario, que bien puede llamarse auto de proceder o auto de sobreseimiento. Es, pues, improcedente a todas luces el recurso interpuesto por el doctor Evangelista Quintana R. contra el auto anterior por el cual se confirma el de sobreseimiento definitivo dictado por el señor Juez Segundo Superior con fecha diez y ocho de agosto del año próximo pasado. En consecuencia, niégase el recurso de casación propuesto por el doctor Quintana, de que se ha hablado".

En vista de la negativa del Tribunal, el doctor Quintana ha interpuesto ante la Corte recurso de hecho, para resolver el cual se considera:

La Corte encuentra acordes con la ley las razones dadas por el Tribunal para negar el recurso de casación en este caso, porque el artículo 559 del Código de Procedimiento Penal dice de modo terminante que la parte civil podrá interponer aquel recurso "contra las sentencias condenatorias..... en lo referente a la indemnización de perjuicios", "en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557", ibídem.

Y en el presente caso el fallo del Tribunal ni es condenatorio ni es sentencia sino un simple auto por medio del cual se confirma el de sobreseimiento dictado por el juez inferior.

No solamente es claro el punto de que se trata sino que acerca de él ya se ha pronunciado esta Sala (providencia fechada el 26 de noviembre de 1941, Gaceta Judicial número 1978, página 243. Recurso de hecho propuesto para obtener el de casación contra el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Ibagué dictó en el sumario seguido a Luis Alberto Castellanos por bigamia).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, declara que NO ES ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto de hecho por el doctor Evangelista Quintana R., contra la providencia del Tribunal Superior de Cali que negó la concesión de tal recurso en el proceso seguido contra Alfonso Salazar G. y otro, por el delito de falsedad en documentos públicos, proceso en que dicho Tribunal confirmó el auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Juez Segundo Superior de allí.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal Superior de Cali. — La presente providencia se insertará en la Gaceta Judicial.

José Antonio Montalvo — Manuel Caicedo Arroyo — Campo Elías Aguirre — Julio E. Argüello R., Srio.

ASESINATO. — DECISIONES DEL JURADO

La Corte estima que para la decisión de todas y cada una de las cuestiones se ha de entender constituído el Jurado siempre por cinco miembros; y que para el veredicto debe considerarse la respuesta unánime de los cinco jurados o la mayoría computada sobre estos mismos cinco miembros.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Manuel Caicedo Arroyo).

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 18 de junio de 1941, que confirmó la del Juzgado Tercero Superior de 28 de enero del mismo año, por la cual se condenó a Miguel Pérez como responsable del delito de asesinato en la persona de la niña Fanny Garzón a la pena de quince años de presidio, interpuso el defensor del reo el recurso de casación, el que fundó en las causales 1ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal: ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea e indebida aplicación de la misma; y estar en desacuerdo con el veredicto del jurado.

El Jurado respondió negativamente a las preguntas referentes a los elementos constitutivos del delito de homicidio intencional porque fue llamado a juicio el procesado Pérez, de donde se deduce — dice el recurrente — que se viola por errónea interpretación e indebida aplicación el artículo 536 del Código de Procedimiento Penal que en su inciso 3º dice:

"Se tendrá como veredicto la respuesta que obtenga la mayoría de votos".

Siendo entendido — agrega — que en esta sentencia se tuvo como veredicto la respuesta que obtuvo la minoría de los votos del jurado que debe de estar integrado por cinco personas.

De acuerdo con los cargos deducidos en el auto de proceder, al jurado se le formularon cuatro cuestionarios:

El 1º sobre los hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito.

El 2º sobre los elementos de la responsabilidad o sea la intención o el propósito de matar.

El 3º sobre la premeditación.

Y el 4º relativo a las condiciones de inferioridad e indefensión de la víctima.

Los cuestionarios fueron formulados en la forma siguiente:

CUESTION PRIMERA — "Os halláis plenamente convencidos de que Miguel Pérez ha realizado los siguientes hechos: en las horas de la tarde del día diez y siete de abril de mil novecientos treinta y nueve, en su casa de habitación, sita en la hacienda de "La Cajita", en el corregimiento de "Cumaca" del municipio de Tibacuy, dio de golpes a la niña Fanny Garzón, de once meses de edad, golpes que le produjeron a ésta la muerte, el mismo día en que los recibió?"

CUESTION SEGUNDA — "El hecho a que se refiere la cuestión anterior lo ejecutó el acusado con el propósito de matar?"

CUESTION TERCERA — "El hecho por el cual se os ha interrogado, lo cometió el acusado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos?"

CUESTION CUARTA — "El hecho a que se refiere la primera cuestión lo ejecutó el acusado abusando de las condicio-

nes de inferioridad de la víctima y de manera especial aprovechando la circunstancia de la ausencia de la madre que ponía a la niña Fanny en absoluta indefensión?"

La manera como respondieron los jurados las cuestiones propuestas fue así:

PRIMERA	3 síes	2 noes
SEGUNDA	2 síes	2 noes
TERCERA	1 sí	3 noes
CUARTA	3 síes	1 no

En cuanto al modo como la sentencia de primera instancia y la del Honorable Tribunal interpretaron el veredicto anterior está consignado en los siguientes apartes de las sentencias respectivas:

Dice la del Juzgado 3º Superior:

"La cuestión primera que hace referencia a la imputación de los hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito, al acusado Pérez, fue contestada afirmativamente por mayoría de tres votos, los de los jurados José María Murcia, Adriano Torres y Manuel Alberto Alvarado, y negativamente por dos votos, los de los jurados Víctor Cock y Eduardo González. La cuestión segunda, o sea la referente al propósito de matar, afirmativamente por dos votos, los de los jurados Alvarado y Murcia, y negativamente por un voto, el del jurado Adriano Torres. La cuestión tercera referente a la premeditación, por tres votos fue negada, los de los tres jurados que contestaron afirmativamente la primera; y la última cuestión referente a las condiciones de inferioridad e indefensión de la víctima, afirmativamente por los tres jurados que se mencionan.

En el anterior escrutinio y de acuerdo con lo dispuesto expresamente por el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal que a la letra dice: "Cuando la respuesta al primero de los cuestionarios fuere negativa, no se tomarán en cuenta las que se hubieren dado a las demás, cualesquiera que ellas sean" no se tuvieron en cuenta los votos de los jurados Cock y González, que como se vio antes negaron la primera cuestión, y debemos por tanto prescindir para efecto de las respuestas a las demás preguntas de los mentados votos; y así tenemos que para tales preguntas nos quedan tres respuestas de las cuales como se vio fueron dos afirmativas y una negativa para la segunda cuestión, las tres nagativas para la tercera y dos afirmativas y una negativa para la cuarta.

De acuerdo por lo tanto con la disposición del artículo 536 del C. de P. P. en su inciso tercero, hay que tener como veredicto el de la mayoría, que debe ser la de los jurados que contestaron afirmativamente, también por mayoría, la cuestión primera, ya que conforme al artículo 501 arriba citado los votos negativos a la primera cuestión podrán ser tenidos en cuenta para las demás preguntas o cuestionarios. Y así la mayoría declaró al acusado Miguel Pérez responsable de un homicidio voluntario, el que perpetró abusando de las condiciones de inferioridad de la víctima y de manera especial aprovechando la circunstancia de la ausencia de la madre que ponía a la niña Fanny en absoluta indefensión.

Por los considerandos que se adujeron anteriormente, el veredicto del jurado en la forma que se acaba de anotar, no va contra la evidencia de los hechos ni está en desacuerdo con la justicia, por lo cual este despacho lo acata, como fundamento y base de esta providencia".

Dice el Tribunal en su sentencia de 18 de julio de 1941: "El veredicto del jurado no va contra la evidencia de los hechos, no es notoriamente injusto y debe, en consecuencia, ser acatado por el Tribunal".

Con fecha 29 de julio de 1941, el defensor de Pérez, doctor José Vicente Sánchez, solicita la revocatoria de la sentencia anterior, arguyendo ante el Tribunal:

"Se cometió el error aritmético de con-

siderar que dos (2) es cifra mayor que tres (3) y que dos es mayoría dentro de cinco (5)".

Y responde el Tribunal:

"La cuestión primera..... no puede ser materia de controversia, porque tres de los cinco jurados contestaron afirmativamente. Tampoco puede ser objeto de controversia el veredicto de la cuestión cuarta..... A esta cuestión el jurado contestó afirmativamente por tres (3) votos "Sí".

"El problema, pues, se reduce a la cuestión segunda, o sea **al propósito de matar.** El jurado contestó a esta cuestión segunda: Por dos votos: "Sí"; por un voto: "Nó". Y dos votos en blanco. El Juez del conocimiento y este Tribunal han interpretado el veredicto dado a esta segunda cuestión en el sentido de que sí hubo propósito de matar. Y no podía ser de otra manera. En efecto, de los cinco votos, dos fueron en blanco. Para que resultara el cómputo que hace el abogado Sánchez sería menester que esos dos votos en blanco se acumularan al voto negativo del jurado. Pero no hay razón para ello. El Fiscal también podría solicitar — y con mayor razón — que esos votos en blanco se agregaran o acumularan a la respuesta que había alcanzado la mayoría absoluta, o sea la respuesta afirmativa que obtuvo dos (2) votos sobre uno (1).

Pero, quédense en su puesto los dos votos en blanco. No se acumulen a ninguna de las dos respuestas. En ese caso, es claro que dos votos son mayoría sobre un voto".

El problema que se plantea es el de saber si por veredicto del jurado debe entenderse la respuesta individual o personal de cada uno de los ciudadanos que forman el tribunal de conciencia, o, por el contrario, la decisión unánime o mayoritaria de la entidad así llamada.

En los procesos de competencia de los Jueces Superiores la sentencia debe dictarse de acuerdo con la calificación que el jurado dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate; y el jurado está compuesto de cinco jueces de hecho, designados como lo dice la ley, debiendo cada uno de los jurados o jueces de hecho contestar cada cuestionario con un **Sí** o un **Nó** sin agregar explicación de ninguna naturaleza; y se tendrá como veredicto la respuesta que obtenga la mayoría de votos.

La Corte estima, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, que para la decisión de todas y cada una de las cuestiones se ha de entender constituído el jurado siempre por **cinco** miembros; y que para el veredicto debe considerarse la respuesta unánime de los cinco jurados o la mayoría computada sobre estos cinco miembros.

Parece que la confusión relativa a la interpretación del veredicto se originó en los contradictorios sentidos que se han dado al artículo 501 del C. de P. P. que dice así:

"Cuando la respuesta al primero de los cuestionarios fuere negativa, no se tomarán en cuenta las que se hubieren dado a los demás, cualesquiera que ellas sean".

Es lógico y claro que si el Tribunal de conciencia ha contestado negativamente la primera cuestión, sobre el hecho o hechos materiales constitutivos del cuerpo del delito, no se toman en cuenta las demás respuestas, porque si el acusado no ha realizado los hechos a que se refiere el proceso es inconducente el estudio referente a la intención y a las circunstancias constitutivas o modificadoras del delito.

Si se interpreta que contestada afirmativamente por mayoría la primera cuestión no se han de tomar en cuenta en las demás los votos de los minoritarios, se aceptaría implícitamente que el jurado siga integrado por un número menor del que debe formarlo según precepto legal.

Del escrutinio de los votos de los jurados se ve que solamente hay veredicto respecto de la cuestión primera, por tres votos afirmativos contra dos negativos.

Lo que no pasa con las demás respuestas, en las cuales no se ve el voto de los cinco jurados. Por tanto, carecen de veredicto los cuestionarios 2º, 3º y 4º.

Habiendo decidido el jurado únicamente acerca de la comisión del hecho, pero no los puntos relacionados con el dolo, la intención dañada y demás circunstancias constitutivas del asesinato, puede también decirse que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Ordena el artículo 480 del C. de P. P. que en los juicios en que interviene el jurado la sentencia se dicte de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos; y como en el presente caso, según lo que se deja expuesto, los cuestionarios referentes a la responsabilidad del acusado como reo de asesinato no han sido calificados ni resueltos por los cinco miembros que integran el jurado popular, no queda otro caso que ordenar la convocación de un nuevo cuerpo de jurados para que resuelva íntegramente las cuestiones propuestas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia de fecha diez y ocho de julio de mil novecientos cuarenta y uno, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la cual confirma la de veintiocho de enero del mismo año del Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito Judicial que condenó a Miguel Pérez, como responsable del delito de homicidio —(asesinato) — en la persona de la menor Fanny Garzón a la pena principal de quince — (15) — años de presidio, y dispone que se devuelva el proceso al señor Juez Tercero Superior de Bogotá para que CONVOQUE UN NUEVO JURADO que resuelva todas las cuestiones propuestas.

Cópiese, notifíquese e insértese en Gaceta Judicial.

Manuel Caicedo Arroyo — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Julio E. Argüello R., Srio. ppd.

HOMICIDIO

La partida de defunción no es la única prueba que la ley admite para probarla, pues puede hacerse por medio de testigos, de conformidad con el artículo 308 del C. de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, diciembre quince de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Manuel Caicedo Arroyo).

José María Sánchez, condenado por el Tribunal Superior de Popayán a la pena principal de ocho años de presidio, con aplicación del mínimo del artículo 362 del Código Penal, fundó el recurso de casación interpuesto por su defensor invocando las causales 2ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal 2ª

"Hay lugar a casación: .....
2º Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Expuso el defensor que se han apreciado erróneamente algunos hechos, atribuyéndoles un valor probatorio que no tienen, puesto que no existe partida de defunción civil ni eclesiástica, ni declaraciones de testigos, sobre la muerte; que el certificado de la dirección de estadística no suple esas pruebas; y agrega que la muerte de Leonidas Narváez, que es indiscutible físicamente, no es una realidad jurídica, y que "faltando la demostración jurídica de la muerte de Leonidas Narváez, falta elemento constitutivo del homicidio".

No es la partida de defunción la única prueba que la ley admite para probarla. El artículo 30 del Código de Procedimiento Penal señala las prescripciones que deben tomarse en el caso de lesiones personales, y en su parte final dice:

"También se agregará a los autos la partida de defunción o la declaración de los testigos acerca de este hecho — (la defunción).

El cuerpo del delito de homicidio, la muerte dada a Narváez por obra injusta de José María Sánchez está plenamente comprobada:

"Terminado un trabajo de campo y después de haber ingerido licor, se encontraban en la cocina de la casa José María Sánchez, Leonidas Narváez y otros. Narváez dirigió a Sánchez algunas palabras ofensivas y salió de la cocina, pero regresó a entrar por otra puerta; entonces Sánchez le infirió una grave herida en la región abdominal, herida que vieron los testigos Emilia Amaya, Leticia Sánchez, Celso Sánchez Aurelio Navarro y otros.

Trasladado al hospital de Popayán, los médicos legistas le reconocieron una herida sobre la región abdominal con hernia del epiplon, de tres centímetros de longitud por uno de latitud, conceptuando que la herida es grave y muy posible

una peritonitis que termine con su existencia".

Este pronóstico fatal de los facultativos se cumplió al tenor dicho a pesar del tratamiento científico, teniendo por causas: la naturaleza, sitio y gravedad de la herida, y la peritonitis gravísima consecuencial que la lesión penetrante del abdomen determinó.

"Consideramos — dicen los médicos— la herida que le fue infligida, como causa eficiente esencial de la peritonitis que llevó al sepulcro a Narváez, a pesar de los auxilios médicos que le fueron prestados en el hospital de esta ciudad. Tal herida es esencialmente mortal".

Para reforzar esta opinión, el señor Procurador inserta en su vista el concepto del doctor Guillermo Uribe Cualla, de la oficina médico legal de Bogotá:

"Las heridas penetrantes del abdomen son de naturaleza muy grave, porque aun cuando el instrumento vulnerante no haya perforado ningún vaso, ni víscera, sin embargo existe el peligro inminente de la peritonitis, al ponerse en contacto la cavidad peritoneal con un medio siempre muy séptico y virulento. Ahora bien, pueden producirse perforaciones del intestino delgado, del estómago, del intestino grueso o colon, de la vegija, cuando está dilatada por encima del pubis, del riñón, del hígado, del páncreas, o haber ruptura de los dos grandes troncos: arterial y venosa (aorta y vena cava inferior y sus ramas abdominales.

Las dos grandes causas de mortalidad en estas heridas son: la hemorragia intra-abdominal, que por su abundancia, puede matar en pocas horas; y la peritonitis, que puede ser sobreaguda o simplemente aguda. Las perforaciones del estómago y del intestino ocasionan la peritonitis, porque vertido su contenido en la cavidad abdominal, se contamina el peritóneo, que como membrana serosa que limita todas las vísceras abdominales es de especial receptividad microbiana. Claro está que el contenido del estómago es menos séptico que el del intestino. Las heridas penetrantes y perforantes del abdomen, cuando no se complican de hemorragia grave o peritonitis, se reparan en veinte a treinta días, pero pueden dejar como secuela directa adherencias intestinales, estrecheces del intestino, o cicatrices quirúrgicas muy amplias, consecutivas de las intervenciones de urgencia que es necesario practicar, y dejar una debilidad especial en la pared abdominal, que predispone a las eventraciones.

Es necesario saber que las peritonitis, cualquiera que sea su forma, en estas heridas penetrantes del abdomen, siempre es efecto natural y directo de la misma herida, bien se haya tratado el caso quirúrgicamente o no. Porque hay que tener presente que la intervención de urgencia que se practica con el fin de suturar las perforaciones intestinales, sólo da una remota probabilidad de salvación de la víctima. Y las estadísticas hospitalarias y de las clínicas dan un porcentaje de mortalidad muy alto. De manera que no hay que pensar, como lo creen algunos jurisperitos, que la muerte sobreviene por peritonitis, unas veces por falta de intervención quirúrgica oportuna, y otras veces por motivo de la misma operación, puesto que ya vimos que el proceso infeccioso del peritóneo se verifica en los casos en que no se interviene, y con demasiada frecuencia a pesar de la paratomía más oportuna y técnica".

"Claro está que estas intervenciones en heridas penetrantes del abdomen están indicadas, y deben hacerse no obstante el mal pronóstico que en general tienen, puesto que el cirujano tiene la obligación de emplear todos los medios de que dispone la ciencia para tratar de salvar una vida en peligro".

Se desecha pues esta causal.

Causal 7ª

"Hay lugar a casación: .....

7º Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal "por apoyarse en un veredicto

contradictorio, de repuesta a un interrogatorio igualmente contradictorio, porque se repelen que yo hiriera a Leonidas Narváez después de la oferta de éste y haberlo herido" en momento en que el herido Narváez se encontraba desapercibido"; porque quien ofende no se halla desapercibido: al contrario, quien ofende está apercibido para la reacción del agredido, y más en casos en que no hay solución de continuidad entre la agresión y su natural reacción".

El Juez de primera instancia no consideró contradictoria la respuesta, parece que fundado en las declaraciones de los testigos Emilio Anaya, Leticio Sánchez, Celso Sánchez, Aurelio Navarro, quienes afirman que después de haberse trabado de palabras Sánchez y Narváez, éste salió de la cocina, y al entrar por otra puerta fue herido por Sánchez.

Dice al respecto en su vista el señor Procurador: "Podría tener razón Sánchez si el Tribunal hubiese acogido la tesis de que el procesado fue ofendido en el acto del homicidio y al mismo tiempo hubiera reconocido que la víctima estaba indefensa, no obstante su actitud hostil.

Pero ocurre que el Tribunal, a pesar de haber imputado a Sánchez en el auto de proceder la circunstancia modificadora de la indefensión, y de que el jurado también la aceptó en un cuestionario mal formulado, sin embargo en la sentencia la descartó con el siguiente razonamiento:

"La desprevención de la víctima que se anotó en el auto de proceder, y en la segunda cuestión, no alcanza a constituír, en este evento, ninguna de las circunstancias que contempla el número 5º del artículo 363 del Código Penal. No medió insidia ni asechanza ni alevosía ni otra circunstancia que pusiera a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión respecto del victimario. Narváez acababa de ofender a Sánchez; era de suponerse, por esto, que el procesado lo considerara prevenido contra una agresión que correspondiera a la ofensa que había inferido. Esta circunstancia está pues fuera de la realidad, y no debe tenerse en cuenta como modalidad agravante de la pena".

Por tanto, suprimida aunque de manera irregular, la modalidad de la indefensión que se le había cargado en la cuenta a Sánchez, lo resuelto por el jurado en esta parte no ha sido tenido en cuenta por el Tribunal, y en consecuencia carece de valor el cargo referente a haberse dictado el fallo sobre un veredicto evidentemente contradictorio; no se han computado dos afirmaciones del jurado que se destruyen por sí mismas, que sean inconciliables entre sí. Unicamente se ha acogido el veredicto en lo que respecta al propósito de matar, desechándolo en cuanto a la indefensión del que murió".

El Tribunal tuvo en cuenta sólo las respuestas a la pregunta sobre el hecho material de las heridas inflingidas a Leonidas Narváez; y la relativa al propósito de matar, entre las cuales no hay contradicción.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NO INVALIDA la sentencia de fecha veintitrés de abril de mil novecientos cuarenta y dos del Tribunal Superior de Popayán que condenó a José María Sánchez a la pena principal de ocho años de presidio por el delito de homicidio consumado en la persona de Leonidas Narváez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Manuel Caicedo Arroyo — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Julio E. Argüello R., Secretario ppdd.

SE ORDENA LA CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO POR EL DENUNCIO A QUE EL PRESENTE AUTO SE REFIERE

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal — Bogotá, diciembre quince de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Manuel Caicedo Arroyo).

Estas diligencias han tenido su origen en el denuncio presentado ante el Tribunal Superior de Barranquilla contra el señor doctor Alejandro Gutiérrez Ripoll, Magistrado del mismo Tribunal, por el delito de prevaricato.

El denunciante transcribe en su denuncio, como antecedentes de la providencia que se estima punible, muchas piezas que pueden resumirse así:

Pedro A. Barrios se constituyó deudor de Nicolás Rosanía por la suma de mil quinientos dólares — (Dls. 1,500) — con un interés del dos por ciento — (2 %) — mensual y plazo de un — (1) — año; y garantizó el crédito con hipoteca sobre finca de su propiedad.

Vencido el plazo, Rosanía entabló demanda ejecutiva contra su deudor; y notificado el mandamiento de pago, Barrios dimitió el bien hipotecado, que tomó Rosanía creyéndose dueño de él y abandonando el juicio ejecutivo.

Cuatro años después Barrios, por medio de su apoderado el doctor Julián Llinás Vega, promovió contra Rosanía juicio por despojo del bien que su poderdante gravó con hipoteca, juicio que se resolvió en favor de las pretensiones del actor, condenando al demandado al pago de los perjuicios, de los intereses legales de las sumas recibidas y de las costas del juicio.

Para el cobro de estas prestaciones promovió el apoderado de Barrios juicio ejecutivo contra Rosanía. Así mismo, promovió el pago, por consignación a favor de Rosanía, de la suma por la cual se había constituído deudor Barrios.

En este estado, Nicolás Rosanía y Pedro A. Barrios celebraron un contrato en el cual, después de historiar sus relaciones contractuales y los resultados de ellos en los juicios expresados, declaran:

"6º ..... **Los contratantes, capaces civilmente, han acordado poner término definitivo a todas estas controversias originadas del contrato de mutuo con hipoteca mediante la siguiente transacción libre y voluntariamente convenida, es a saber:** a) Barrios recibe de Rosanía, a título de indemnización y pago total y definitivo $ 150.00 en moneda legal colombiana en este mismo acto y a su satisfacción. b) — como inmediata y efectiva consecuencia de este pago que recibe, Barrios declara sin ningún valor ni efecto y absolutamente extinguidos, todos los derechos y acciones que ha ejercido contra Rosanía por medio de los juicios enumerados en las cláusulas 3ª, 4ª y 5ª de este contrato. c) — que, así mismo, Barrios renuncia expresamente a iniciar en el futuro toda reclamación que pudiera proceder de la controversia que se declaran — (sic) — inválidas y extinguidas — (sic) — en el anterior aparte b), y d)— Barrios se obliga a desistir expresa y personalmente y en este mismo acto, de cada uno de los juicios que hasta ahora tiene pendientes contra Rosanía en los juzgados civiles del circuito referidos, de suerte que todos esos juicios quedan legal, inmediata y completamente fenecidos".

Los dos contratantes, al día siguiente de formado el convenio de transacción, presentaron memorial de desistimiento del juicio ejecutivo de Rosanía contra Barrios, y del de pago por consignación de Barrios contra Rosanía, que estaban acumulados; y el día posterior, presentó Rosanía solo memorial en que retiraba el desistimiento que había hecho de acción ejecutiva contra Barrios.

El señor Juez del conocimiento puso término a las disputas de las partes en auto de fecha 7 de noviembre de 1937 cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"El Juzgado 3º del Circuito en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

a) Decláranse extinguidas la obligación y su consiguiente acción, perseguida aquélla e incoada ésta, en el juicio de pago por consignación que ha entablado Pedro Antonio Barrios contra Nicolás Rosanía. — b) igualmente decláranse extinguidas tanto la obligación que se desprende del contrato constante en la escritura pública número 4381 de diciembre 1º de 1928, como las acciones real y personal que de él emanan, y perseguidas la primera e incoadas las segundas por medio del juicio ejecutivo seguido por Nicolás Rosanía contra Pedro Antonio Barrios. c) En consecuencia, declárase cancelado el gravamen hipotecario que consta en la escritura pública número 4381 de diciembre 1º de 1928, citada" .....

.....

Esta providencia subió al Tribunal Superior de Barranquilla y le fue repartida al señor Magistrado Alejandro Gutiérrez Ripoll, quien la confirmó en auto de 3 de julio de 1940.

Interpuesto el recurso de reposición, el Magistrado revocó su propio auto y el de primera instancia; y declaró extinguidos y terminados todos los derechos y acciones que ligaron a Pedro Antonio Barrios y Nicolás Rosanía en los juicios originados del contrato de mutuo con hipoteca a que se refiere la escritura pública Nº 4381 de 1928 de la Notaría 2ª del Circuito, excepto en lo concerniente a dicho contrato escriturario, cuya vigencia quedaba viva.

Esta es la providencia por la cual el doctor Llinás Vega acusa al señor Magistrado por el delito de prevaricato, diciendo que "el doctor Gutiérrez Ripoll ha incurrido en la sanción del artículo 168 del Código Penal, retardando un acto propio de sus funciones por animadversión hacia mi persona y simpatía hacia la de los señores o señor Rosanía; también dictó sentencia contraria a la ley, expresa y manifiestamente injusta y a sabiendas".

En el auto de reposición dice el señor Magistrado:

"Por regla general los recursos de reposición no están llamados a prosperar cuando tienden a la revocatoria de lo ya resuelto por el mismo funcionario, porque ello equivale a la confesión paladina que hace el juzgador reponente de que su primera providencia está tocada de error o peca por ligereza en el estudio... Que es precisamente lo que va a hacer el suscrito Magistrado sustanciador **después de un nuevo examen detenido de la cuestión** y de pedir prestadas sus luces a los colegas de la Sala Plural, a quienes consultó el punto, tal como lo permite y aconseja el reglamento del Tribunal, a fin de aclarar el propio criterio, exclusivo del ponente, y eliminar toda posibilidad de ofuscación o empecinamiento, muy humanos, en sostener su propia tesis".

Es pues materia de interpretación de una cláusula confusa del documento de transacción, para lo cual pidió el señor Magistrado ponente el concurso de las luces de sus colegas, quienes han certificado ser exacto lo afirmado por el doctor Gutiérrez Ripoll, obedeciendo esa decisión a un mejor estudio de su parte en cola-

boración de los compañeros del Tribunal y con el propósito de acertar e impartir la debida justicia.

No se ha comprobado que la demora en el estudio de ese asunto se encaminase al propósito de retardar la decisión por afecto o desafecto hacia cualquiera de los litigantes; y no tiene base ninguna esta afirmación del denunciante.

De lo expuesto se deduce, como lo pide el señor Procurador, que a esta investigación debe ponerse fin con aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley ORDENA CESAR TODO PROCEDIMIENTO contra el señor Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla doctor Alejandro Gutiérrez Ripoll.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.
Insértese en Gaceta Judicial.

Manuel Caicedo Arroyo — José Antonio Montalvo — Campo Elías Aguirre — Julio E. Argüello R., Secretario ppdd.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE ACCIONES PROMOVIBLES CONTRA LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO CON MOTIVO DE SUELDOS DEVENGADOS Y NO PAGADOS A LOS EMPLEADOS DE TALES ENTIDADES

Con la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo, y particularmente en fuerza de lo dispuesto en los artículos 52, 157 y 163, el reconocimiento pecuniario de recompensas, pensiones, jubilaciones, etc., de carácter departamental o municipal, se verificará mediante juicios que quedaron adscritos a la justicia administrativa desde el 1º de abril de 1942.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, septiembre dos de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

Ulpiano Urrea, por medio de apoderado, demandó al Departamento de Antioquia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el pago de unos sueldos que dice haber devengado en su calidad de maestro de escuela al servicio de la enseñanza pública a cargo de ese Departamento.

En la secuela del juicio respectivo, el Fiscal del Tribunal, representante legal de la entidad demandada, promovió un incidente de nulidad. Alega el articulante que el citado Tribunal carece de competencia para conocer del asunto, pues se trata, según se afirma, de una controversia cuya decisión atañe a la justicia administrativa.

El Tribunal del conocimiento, en auto del 20 de octubre de 1941, no accedió a declarar la nulidad solicitada. Resuelta desfavorablemente la reposición interpuesta, se concedió el recurso de apelación hecho valer en subsidio. Por tal motivo ha subido el negocio a esta superioridad, la cual procede a decidir la alzada, cumplida como se encuentra la tramitación correspondiente.

Fundamentos de la providencia recurrida

El Tribunal de la causa sostiene la tesis de que es de su competencia el presente litigio, en los siguientes términos:

"La acción establecida por el señor Ulpiano Urreta D. (sic) contra el Departamento, debidamente representado, es de índole ordinaria. El debate iniciado tiende a que por el Tribunal se declare que la entidad demandada está en la obligación de atender al pago de determinada prestación de servicios que el actor verificó en la educación primaria en Antioquia. Si el Departamento se encuentra o nó obligado a dicho pago es cuestión que habrá de decidirse en el fallo que ponga fin al proceso ya que éste es precisamente en orden a debatir la existencia de la obligación y su exigibilidad.

"Y en cuanto dice relación a la competencia del Tribunal para conocer de esta litis, ella se encuentra consagrada por los artículos 76 — numeral 2º — y 156 del

C. Judicial. El Departamento es parte en el negocio, en éste se debaten pretenciones (sic) opuestas, es contencioso y se controvierte una cuestión de derecho privado, y tales características sacan el caso de autos de la jurisdicción que organizó la ley 130 de 1913.

"El demandante afirma que el opositor está obligado a pagarle determinada suma de pesos como remuneración a servicios que le prestó. Y la entidad demandada sostiene por medio de su representante no estar obligada a ello porque si bien es cierto la asamblea departamental expidió la ordenanza 13 de 1939 de la cual emana el derecho alegado por aquél, no lo es menos que tal entidad no hizo la apropiación presupuestal pertinente.

"Este es un debate claro y en él no se trata de acusación alguna por inconstitucionalidad o ilegalidad de acto alguno emanado de corporación, o empleado público administrativo en ejercicio de sus funciones, o so pretexto de ejercerlas, ni se ejercita acción pública alguna con fundamento en aquellos motivos, ni la particular o de revisión de uno de tales actos que vaya contra la constitución o la ley por lesionar derechos civiles. Ello traduce que la autoridad contencioso-administrativa no es la llamada a conocer del presente proceso, sino la justicia ordinaria, en la forma preceptuada por los dispositivos citados atrás".

Concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil

El señor Procurador Delegado en lo Civil emite el siguiente concepto, en su alegato presentado en el trámite del recurso:

"La cuestión a resolver es la siguiente:

"Son competentes los Tribunales civiles ordinarios para conocer de demandas promovidas por empleados públicos **sobre pago de sueldos?**

"De conformidad con la regla del artículo 76 — numeral 2º — del Código Judicial, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen en primera instancia "de los asuntos contenciosos en que sea parte un Departamento y en que se controviertan cuestiones de **derecho privado**". (Subraya el suscrito).

"Que deben pagarse o nó determinados sueldos a un empleado público departamental no es una cuestión de derecho privado porque el empleado no celebra con la entidad de derecho público un contrato civil sobre prestación de servicios. Es ésta una figura netamente administrativa, y de la misma naturaleza es, por consiguiente, la controversia que surja sobre el pago de los sueldos al respectivo empleado.

"Pero entonces cuál será el Tribunal competente? Con la moderna institución del **contencioso de plena jurisdicción** queda resuelto el problema: el empleado reclama de la Administración el pago de lo que pretende debérsele por concepto de sueldos. Y si se le niega su solicitud acude en demanda ante el **Tribunal Administrativo** competente para decidir de la legalidad del acto negativo, y restablecer, si fuere el caso, el imperio del derecho violado".

Consideraciones de la Corte

La materia sujeta a la actual decisión de la Corte consiste en una cuestión de competencia, en relación con el conocimiento de los juicios promovibles contra las entidades de derecho público, con motivo de sueldos no pagados a los empleados de tales entidades.

Es inobjetable la doctrina, ya sentada por la Corte, de que las relaciones jurídicas que surgen a raíz de las obligaciones entre los empleados públicos y la Administración no son de carácter contractual sino que tienen su fuente en la ley.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica, es indudable y además conveniente, que las controversias que se susciten con motivo de tales relaciones, sean de la competencia de la justicia administrativa. La naturaleza especial y propia del estatuto jurídico del empleado públi-

co frente a la Administración, exige tal competencia, la cual se compagina mejor con la noción de servicio público. De ahí que ciertas prestaciones sociales que la ley reconoce a limitada clase de funcionarios del Estado hubiesen sido del conocimiento de la justicia contencioso administrativa y continúen siéndolo, a tenor de lo prescrito en los artículos 52, ordinal 5º, 157 y 162 de la ley 167 de 1941 (nuevo Código de lo Contencioso Administrativo).

Pero toda jurisdicción, por claros preceptos de legislación positiva y a virtud de normas de interpretación jurídica, es y debe ser expresamente consagrada por el legislador, pues bien sabido es que la competencia y jurisdicción de los jueces, Tribunales o funcionarios no se deduce por vía analógica.

Al tiempo de instaurarse la presente demanda (17 de julio de 1941), no existía texto legal expreso que atribuyese a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo la jurisdicción y competencia para decidir sobre las acciones de reclamación de sueldos devengados y no pagados, correspondientes a los empleados o agentes de las entidades públicas.

Del hecho de que no sean estrictamente contractuales las relaciones jurídicas entre los empleados públicos y la Administración, no se colige, necesariamente que ellas sean de derecho público y por tanto escapen de lo estatuído en el artículo 76, ordinal 2º, del Código Judicial. Basta la circunstancia de que una persona haya devengado o que alegue haber devengado determinados sueldos respecto a la Administración, para que se considere que éstos podrían constituír entonces un crédito a su favor que integraría un patrimonio particular, cuya protección se efectuaría según las reglas del derecho privado.

En numerosos juicios de esta misma índole, la Corte ha dictado sentencias de fondo, estimándolos, por tanto, de su competencia.

Con la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo, y particularmente en fuerza de lo dispuesto en los citados artículos 52, 157 y 163, el reconocimiento pecuniario de recompensas, pensiones, jubilaciones, etc., de carácter departamental o municipal, se verificará mediante juicios que quedaron, desde el 1º de abril del presente año, adscritos a la justicia administrativa.

Mas ello no da lugar al vicio de nulidad que se alega en este juicio, precisamente por haberse incoado la acción de autos, con anterioridad a la vigencia del mencionado Código administrativo.

Por todo lo que va expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA el auto objeto de la presente alzada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — José M. Blanco Núñez — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

Tratándose de un asunto que de hecho cayó desde su perpetración bajo la competencia del Tribunal distrital de Aduanas, ante ese tribunal debió demandarse la reparación o indemnización pedida, de conformidad con el artículo 322, letra d) de la ley 79 de 1931, orgánica de las Aduanas.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, septiembre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En el juicio ordinario que para el pago de una suma de pesos e indemnización de perjuicios instauró el señor Antonio Restrepo Suárez contra la Nación, la Sala dictó el auto de diez de marzo de mil novecientos cuarenta y dos que declara la nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción, debido a que la ley 79 de 1931, orgánica de las aduanas, atribuye el conocimiento de todos los asuntos relacionados con esta ley, a los tribunales distritales y al Tribunal Supremo de Aduanas.

De este auto pidió reposición la parte demandante, en los siguientes términos: "Precisamente porque fue el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el que, sin ninguna facultad ni atribución legal, ordenó por la resolución número 110 de 5 de abril de 1933, al Administrador de Aduana de Cartagena, que remitiera el cargamento de cacao aprehendido como de contrabando a Antonio Restrepo Suárez, y que de ese cargamento se dispusiera como en la misma resolución se previó, es por lo que se ha promovido el pleito a que me estoy refiriendo. Es claro y es obvio que si el cacao no se hubiera sustraído ilegalmente de la jurisdicción privativa creada por la ley 79 de 1931, ante el Organo Judicial nada tenía que reclamarse por la suerte del cacao decomisado, porque correspondía a los funcionarios de aduana, de modo exclusivo, dictar la última disposición sobre el mencionado cacao. Pero si una entidad extraña a la organización aduanera fue la que dispuso ilegal y arbitrariamente de ese cacao, y si fue el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el que por la resolución número 110 de 1933 dispuso de ese cargamento de cacao, sustrayéndolo a la jurisdicción privativa de aduanas, parece que es al órgano judicial al que corresponde conocer y decidir sobre las consecuencias jurídicas ocasionadas y motivadas por el Ministro de Hacienda, parte del Organo Ejecutivo. Y si fue el Ministro de Hacienda, como miembro del órgano ejecutivo, el que ilegal y arbitrariamente dispuso de ese cargamento de cacao la nación debe estar obligada a responder de ese acto ejecutado por uno de sus más altos funcionarios públicos nacionales..... La demanda y el pleito mismo se han originado porque el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sin faculad legal alguna dispuso, de manera arbitraria, de ese cacao que estaba sujeto a una jurisdicción privativa, en la cual el Ministerio de Hacienda ninguna ingerencia tenía ..... Resulta, de todo lo dicho, absolutamente claro y evidente que en este pleito se trata de decidir si la Nación es o no responsable por los actos ilegales ejecutados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre una mercancía sujeta a la jurisdicción privativa aduanal en la cual no

tenía ninguna ingerencia el Ministerio de Hacienda". (Subraya la Corte).

Se considera:

La acción interpuesta, pago de una suma de pesos en recompensa de la cantidad de cacao decomisada y rematada por las autoridades nacionales, y la de responsabilidad contra la nación, que deduce de la misma demanda el actor en el recurso de reposición, son diferentes. No cabe siquiera el interés jurídico de analizarlas porque la pretensión del reposicionista es la de hacer aparecer a la acción de pago sustituída por la de responsabilidad, propósito verdaderamente imposible ante la realidad procesal.

El hecho delictuoso de contrabando a las aduanas, de defraudación al fisco nacional, de decomiso legal de una mercancía, el deseo de que esta mercancía sea reparada por su equivalente en dinero — actos todos de la jurisdicción especial sobre aduanas — los torna el demandante en la imputación de procedimiento ilegal y arbitrario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por haber decretado el modo de disponer del artículo decomisado, en lo cual funda el establecimiento de la acción de responsabilidad que pretende contra la Nación. Se quiere que la Corte falle sobre una acción que no ha sido puesta a su conocimiento en la forma autorizada por la ley.

La verdad es que ni la intención del alegato pidiendo la reposición coincide con los elementos reales y jurídicos del proceso, ni la legalidad misma de la providencia abre la oportunidad para decretar la reposición.

El artículo 322, letra d) de la ley 79 de 1031, orgánica de aduanas, dispone: Las apelaciones, reclamaciones y protestas, se surtirán ante el correspondiente Tribunal Distrital de Aduana en los casos siguientes: ..... d) las reclamaciones por indemnización de pérdida o daños sufridos por la mercancía.

Muestra muy a las claras esta disposición aplicable a la demanda de Restrepo Suárez, en que se persigue el pago de treinta y nueve mil doscientos pesos ($ 39,200.00) como valor del cargamento de cacao en grano decomisado por las autoridades nacionales de aduana en enero de 1933, y el de seis mil ochocientos cuatro pesos ($ 6,804.00) por perjuicios derivados de haberse dispuesto del cacao, que por tratarse de un asunto que de hecho cayó desde su perpetración bajo la competencia del tribunal distrital de aduanas, debe igualmente ante este tribunal demandarse la reparación o indemnización de la mercancía, fuese porque se dispusiera de ella arbitraria o ilegalmente, o porque no hubiera lugar al decomiso, o a la venta en pública subasta, etc.

La Corte, con conocimiento de que se halla impedida para fallar este asunto, se abstiene de otros razonamientos más propios de la causa en litis ante otra jurisdicción, que de la acción de nulidad que se reafirma en decretar.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, niega la reposición impetrada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — José M. Blanco Núñez — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. ppd.

SE NIEGA LA REPOSICION PEDIDA

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, septiembre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Entre el señor Zoilo Cuéllar Chavez y la Gobernación del Departamento de Cundinamarca — Secretaría de Obras Públicas — se celebró el día ocho de julio de mil novecientos treinta y nueve, el contrato contentivo de las siguientes cláusulas principales: PRIMERA: El contratista (Cuéllar) se compromete a construír por su cuenta una valla de madera que cubra los trabajos de demolición del edificio Rufino Cuervo y las demás obras que hayan de ejecutarse y que sirva al mismo tiempo de protección al público que transita por los andenes. Dicha valla debe tener una altura de dos metros, cuarenta centímetros (2.40) y ser hecha con madera cepillada y recorrida, enmarcada y con suficientes soportes y será colocada en el sitio que el Departamento indique. SEGUNDA: El Departamento como propietario del pasaje Rufino Cuervo, en compensación del servicio a que se refiere la cláusula anterior, concede al contratista la autorización exclusiva para colocar o pintar anuncios comerciales en la referida valla por todo el tiempo que dure la obra de construcción del sótano y la baldosa que se van a construír en el lote que ocupaba el citado edificio, pero tiene el Departamento que dar aviso al contratista un mes antes para retirar la valla de que se trata. TERCERA: El contratista se compromete a que los anuncios en referencia sean ejecutados por artistas especializados en el ramo, dentro de las condiciones que exige su propia efectividad, y en todo caso necesitarán de la aprobación de la Secretaría de Obras Públicas. CUARTA: El contratista deberá colocar la valla a que este contrato se refiere a más tardar dentro del término de treinta (30) días contados desde aquel en que se termine la demolición de los muros que hoy se efectúa, y en todo caso conservará el derecho de propiedad sobre los materiales que componen la mencionada valla, lo mismo que los avisos puestos en ella".

El contratista Cuéllar demandó al Departamento por la vía ejecutiva ante el Tribunal Superior de este Distrito, por perjuicios causados con el incumplimiento del contrato. Presentó como documentos en apoyo de su acción ejecutiva los siguientes: dos cartas del contratista dirigidas al señor Gobernador Pradilla, en las cuales le recuerda que el contrato suscrito, suficientemente legalizado, constituye un compromiso serio; le expresa que tiene listos los elementos para dar cumplimiento a las obligaciones que le corresponden, para lo cual sólo espera que se le indique la fecha en que debe dar comienzo a la colocación de la valla y se le ponga en posesión de la zona correspondiente; una carta del Gobernador Pradilla en respuesta a las anteriores del contratista, en la cual le manifiesta que sus correspondencias fueron pasadas a la Secretaría de Obras Públicas para que de ellas se tome nota; el contrato en referencia, con la firma de Cuéllar, del Secretario de Obras Públicas, la aprobación de la Gobernación y la constancia de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca sobre la verificación del pago de los impuestos; el informe de la Dirección de Obras Públicas Municipales sobre la

fecha en que terminó la demolición de los muros externos del pasaje Rufino Cuervo; copia del decreto número 1485 de 1938 por el cual se nombró Gobernador de Cundinamarca al señor Antonio María Pradilla y copia del acta de posesión del mismo funcionario; la Gaceta de Cundinamarca autenticada en la cual aparece el nombramiento de Secretario de Obras Públicas del Departamento recaído en la persona de Jorge Peña Polo y copia de la posesión del mismo, y copia de la inspección ocular practicada por la Sala de Decisión del Tribunal Superior en el lugar de la demolición del pasaje Rufino Cuervo.

El Tribunal Superior en providencia de veintidós de octubre de mil novecientos cuarenta y uno no accedió a decretar la ejecución solicitada, porque en su sentir los documentos presentados en apoyo de la acción no prestan mérito ejecutivo al tenor del artículo 982 del código judicial.

Concedido el recurso de apelación contra el auto de veintidós de octubre ante esta Sala de la Corte, se dictó la providencia de cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, que confirma la del Tribunal. En esta oportunidad corresponde a la Corte fallar la reposición que de su auto ha solicitado el demandante.

Se considera:

Los documentos aportados por el ejecutante con el fin de situar a la contraparte en el terreno litigioso de la ejecución, se refieren todos al incumplimiento por parte del demandado. El incumplimiento del contrato ha dado motivo a este juicio, pero el hecho del incumplimiento debe hallarse plenamente establecido en el proceso junto con el título que da base a la acción.

Las únicas pruebas que cabe examinar como pertinentes al punto de la mora y por tratarse de una acción ejecutiva, son las cartas, pues la inspección ocular que pudiera referirse a su prueba, fue levantada dentro del juicio por la misma Sala de Decisión del Tribunal. Las cartas enviadas por el contratista al Gobernador dicen:

"Bogotá, julio 31 de 1939. — Señor don Antonio María Pradilla, Gobernador de Cundinamarca ..... En desarrollo del contrato celebrado con el Departamento, sobre colocación de una valla que debe tapar las obras del pasaje Rufino Cuervo en toda su extensión, creo oportuno informar a usted, que tengo listos todos los elementos para dar cumplimiento a las obligaciones que me corresponden y por consiguiente, espero que ese despacho me indique la fecha en que debo dar comienzo a la colocación de la valla en referencia, dictando al propio tiempo las órdenes que faciliten mi labor, tales como ponerme en posesión de la zona correspondiente y demás formalidades. Y le sabré agradecer que tales medidas se efectúen a la mayor brevedad, pues compromisos serios, contraídos por virtud de los derechos que el mencionado contrato me confiere, me obligan a proceder con la mayor actividad. Anticipo a usted las gracias y me suscribo muy atento y seguro servidor, Z. Cuéllar Chaves. — Bogotá, agosto 28 de 1939. — Señor don Antonio María Pradilla, Gobernador de Cundinamarca. ..... Con fecha 31 de julio último, entregué personalmente en la portería de la Gobernación una carta dirigida a usted, con referencia al contrato que celebré con el Departamento, sobre colocación de una valla que debe tapar las obras del pasaje Rufino Cuervo. Como dicho contrato, suficientemente legalizado, constituye un compromiso serio, respaldado por las firmas de usted y de su Secretario de Obras Públicas por una parte y la mía y la de mi fiador solidario por otra y contiene estipulaciones y responsabilidades concretas y mutuas, creo que debe ser motivo de una diligente consideración, por producirme su incumplimiento trastornos económicos y morales de importancia. Confío en que usted no tenga inconveniente en dar respuesta a mi comunicación anterior y me suscribo muy atento servidor, Z. Cuéllar Chaves".

Estas cartas indican un estado de ánimo respecto al cumplimiento de las obligaciones por parte de Cuéllar Chaves, pero no que la otra parte se hubiera negado a darle eficacia al compromiso que la ligaba con aquél. El texto de las cartas no coloca al demandado en estado de mora, pues solamente le previene en el cumplimiento de su deber y le pone de presente que el demandante ya ha dado pasos dirigidos a obedecer el contrato.

En la carta del Gobernador Pradilla se lee: "En respuesta a sus cartas de 31 de julio y 28 de agosto anterior, comunico a usted que han sido pasadas a la Secretaría de Obras Públicas del Departamento, para que por dicha sección se tome nota de ellas y se tengan en cuenta oportunamente" Es decir, cuando fuera el caso de que el Departamento señalara el sitio donde debía colocarse la valla. En qué momento debió el Departamento señalar ese sitio? Con posterioridad al contrato y antes de la demolición del edificio. Parece que con la inspección ocular practicada por el Tribunal se quiere demostrar el hecho de la demolición y por consiguiente, el del plazo natural para que el departamento señalara el sitio en que debía construírse la valla, desde luego anterior a la demolición del edificio. Pero la Corte, ya se ha dicho, no puede tomar en cuenta esa inspección porque por no ser acto que provenga del deudor, ni es título ejecutivo, ni sirve para complementarlo. Ni a la Corte ni al Tribunal se les ha demostrado, pues, que el Departamento esté en mora de cumplir su obligación de señalar a Cuéllar Chaves el lugar donde debe construír la valla.

Las pruebas traídas al juicio ejecutivo que se examinan como pertinentes no dan suficiente luz para que se acceda a lo pedido por el recurrente en el presente juicio. Pero con ello no niega la Sala el derecho de Cuéllar Chaves a reclamar perjuicios, sean los positivos por las erogaciones que realizó para dar cumplimiento al contrato, o los representados por el lucro cesante que pudo obtener si el convenio se hubiese hecho efectivo, y aun los que cobra como intereses moratorios, si los reclama por la vía en que tales demostraciones puedan hacerse.

En mérito de las razones que preceden, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, niega la reposición objeto del recurso.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — José M. Blanco Núñez — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppd.

NOTA.—La providencia a que se refiere el presente auto, se halla publicada en el número 1986, página 713 de la GACETA JUDICIAL.

DECLARACIONES DE RENTA

De acuerdo con el artículo 9º de la ley 78 de 1935 el impuesto sobre la renta a cargo de las personas jurídicas debe liquidarse y cobrarse por el recaudador del lugar en que dichas personas "tengan el asiento principal de sus negocios", el cual se determina, según disposición expresa del artículo 5º del decreto 818 de 1936, reglamentario de dicha ley, "por el lugar en donde funciona la gerencia o administración general" de tales negocios. Ni aún sobre la base de que una sucursal o agencia de una sociedad domiciliada en el país presente su declaración de renta ante el recaudador del lugar en que funciona dicha sucursal o agencia, la ley permite que este funcionario proceda a liquidar el respectivo impuesto, ya que sobre el particular rige el artículo 2º del mencionado decreto.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

La recaudación de hacienda nacional de Neiva, en auto de fecha 11 de enero de 1938, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la nación y a cargo de la compañía minera "La Primavera" por la cantidad de $ 1,333.42 moneda corriente, proveniente del impuesto sobre la renta liquidado a dicha compañía en lo correspondiente al año de 1936.

Notificada la ejecución, el representante legal de la compañía propuso un pliego de excepciones, que fue remitido a esta corporación por el funcionario recaudador, para los efectos de la sustanciación y fallo del respectivo incidente.

Entre las varias defensas propuestas por el ejecutado la corte encuentra debidamente acreditada la que se traduce en **incompetencia de jurisdicción** del administrador de hacienda nacional de Neiva para liquidar y cobrar ejecutivamente a la compañía "La Primavera" el impuesto de que se ha hecho mérito. En efecto:

La compañía minera "La Primavera", cuya existencia legal se halla acreditada en autos, como también la personería de su representante para comparecer en juicio, tiene el asiento principal de sus negocios en esta ciudad de Bogotá, como quiera que es aquí donde funciona la presidencia o administración general de tales negocios bajo la responsabilidad del presidente o gerente de la misma, señor Wenceslao Uribe, quien de acuerdo con el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá que obra al fl. 6 del c. número 3 "se halla actualmente en ejercicio de su cargo".

Ahora bien; de acuerdo con el artículo 9º de la ley 78 de 1935 el impuesto sobre la renta a cargo de las personas jurídicas debe liquidarse y cobrarse por el recaudador del lugar en que dichas personas **"tengan el asiento principal de sus negocios"** el cual se determina, según disposición expresa del artículo 5º del decreto 818 de 1936, reglamentario de dicha ley, **"por el lugar en donde funciona la gerencia o administración general"** de tales negocios.

Con base en las anteriores disposiciones la compañía ejecutada ha venido presentando sus declaraciones de renta ante la

administración de hacienda nacional de Cundinamarca, en cuyo libro de registros — según el certificado expedido por dicha administración (fl. 4 del cuaderno número 4) — figura inscrita como contribuyente al impuesto sobre la renta "desde el año de 1933 hasta el de 1940, inclusive, excepción hecha del año de 1936, VIGENCIA EN LA CUAL NO FUE GRAVADA" (subraya la sala).

Empero, la recaudación de hacienda nacional de Neiva, basándose en el informe que obtuvo sobre la venta que de 18.971,100 gramos de oro hizo la compañía ejecutada al Banco de la República en el año de 1936, resolvió proceder "a verificar el aforo correspondiente y deducir el impuesto que debe pagar a la Nación", lo cual llevó a cabo por medio de la liquidación que obra en copia a los fls. 11 a 12 del cuaderno número 3, gravando a la compañía con un impuesto de $ 1,333,42, suma que incluye el recargo del 100 % "por falta de declaración".

Semejante procedimiento del recaudador de Neiva resulta notoriamente arbitrario e ilegal, ya que de acuerdo con las claras y terminantes disposiciones legales antes citadas, era al recaudador de hacienda nacional de esta ciudad a quien correspondía de modo privativo la liquidación de tal impuesto, bien sobre la base de la declaración de la propia compañía contribuyente, o en su defecto con fundamento en las informaciones plenamente comprobadas obtenidas por el mismo recaudador (artículo 12 de la ley 81 de 1931).

Pero desde el momento en que el recaudador competente para gravar a dicha compañía por concepto del impuesto sobre la renta manifiesta en el aludido certificado que en el año de 1936 **no fue gravada** la sociedad ejecutada, es porque no hubo base legal para liquidar por ese año el respectivo gravamen: ni declaración de renta del contribuyente ni en defecto de ésta las correspondientes informaciones plenamente comprobadas para determinar dicha renta. De tal suerte que la actitud del recaudador de Neiva aparece en abierta contradicción no sólo con las normas legales sino también con la realidad misma de las cosas.

Es obvio que un mandamiento de pago pronunciado por funcionario incompetente es un acto absolutamente ilegal, carente por completo de efectos jurídicos en contra de la persona contra quien se pronuncia.

Las precedentes consideraciones sobre la notoria incompetencia del recaudador de Neiva para gravar a la compañía ejecutada adquiere aún mayor fuerza de convicción si se tiene en cuenta lo siguiente:

La mina que explota la compañía "La Primavera" se halla ubicada en el corregimiento de San Luis, jurisdicción del municipio de Neiva, motivo por el cual la sociedad tiene un administrador de sus negocios en dicha ciudad. De tal manera que lo que allí puede haber a lo sumo es una **sucursal o agencia** de la sociedad en mención, ya que como está dicho la gerencia funciona en Bogotá.

Pues bien; ni aún sobre la base de que una sucursal o agencia de una sociedad domiciliada en el país presente su declaración de renta ante el recaudador del lugar en que funciona dicha sucursal o agencia, la ley permite que este funcionario proceda a liquidar el respectivo impuesto, ya que sobre el particular dice terminantemente el artículo 2º del memorado decreto 818 de 1936:

"La declaración de renta que deben presentar las compañías o sociedades domiciliadas en el país, que tengan sucursales o agencias dentro o fuera de él, comprenderá reunido en uno solo el resultado general de los negocios dentro del país. A este efecto, **los funcionarios de rentas e impuestos ante quienes se presenten declaraciones separadas por las sucursales o agencias, deberán enviarlas al Administrador de Hacienda donde la compañía o sociedad tenga el asiento principal de sus negocios**". (Subraya la sala).

De manera que el recaudador de Neiva, por no tener jurisdicción sino sobre

los negocios de una agencia o sucursal de la sociedad ejecutada, lo más que podía hacer, para no pasar por sobre la ley, era remitir la información obtenida acerca del referido negocio del oro a la recaudación de hacienda nacional de esta ciudad, lugar del asiento principal de los negocios de dicha compañía, para que por el funcionario competente se resolviera si aquella operación daba o nó base para liquidar y cobrar a la sociedad el correspondiente gravamen.

Carente, pues, de toda base legal la ejecución contra la compañía minera "La Primavera" por el concepto de impuesto sobre la renta en lo correspondiente al año de 1936, la corte así debe declararlo con las consecuencias procesales de rigor.

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 de incompetencia de jurisdicción del recaudador da hacienda nacional de Neiva para liquidar y cobrar ejecutivamente a la compañía minera "La Primavera" el impuesto sobre la renta de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cése la ejecución y decrétase el desembargo de los bienes trabados en el juicio para responder del pago.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Aníbal Cardoso Gaitán — José M. Blanco Núñez — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

Antes de entrar en vigencia el nuevo Código Administrativo (ley 167 de 1941) conocía le Corte de demandas de la naturaleza de la presente cuando no se había ejercitado el Contencioso de plena jurisdicción para la reparación de los perjuicios causados por un acto administrativo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José M. Blanco Núñez).

Santiago Jiménez Arrecha, en su calidad de apoderado especial de la señorita Ismaelina Mejía, demandó por la vía ordinaria ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al Departamento del Valle del Cauca, para que fuese condenado a pagar la cantidad de $ 520.00 por concepto de perjuicios causados a la demandante por la ilegal promoción de su empleo de maestra de escuela en el municipio de Toro.

Como hechos justificativos de la demanda se expusieron los siguientes:

"1º La señorita Mejía estaba desempeñando las funciones de directora de la escuela de Canaan, municipio de Toro, en el año de 1938 a 1939 con arreglo al decreto 683 de fecha 28 de septiembre de 1938 emanado de la gobernación, puesto del cual había tomado posesión oportunamente y del cual estaba en ejercicio. En ese puesto ganaba la cantidad mensual de treinta y cinco ($ 35.00) pesos moneda corriente:

"2º Por decreto 753 de fecha 25 de octubre del mismo año, emanado de la misma gobernación, se le quitó de su puesto de directora de la escuela de Canaan a la mencionada señorita y se le nombró para una escuela alternada de Yarumal, en el municipio de Bolívar, sin causa justificativa y con plena violación del artículo 3º de la ley 35 de 1935 y de las disposiciones del Decreto Ejecutivo número 1602 de fecha 6 de julio de 1936. La agraviada no podía aceptar esta promoción porque las leyes la amparaban en su puesto primitivo, se trataba de un lugar lejano a donde iría a ejercer de maestra al través de montañas y de pésimos caminos, con una asignación mensual de veinticinco ($ 25.00) pesos, menor que la anterior.

"3º No estando obligada la señorita Mejía a aceptar la promoción tuvo que recurrir al Tribunal Administrativo de Cali en demanda de nulidad del decreto que ordenaba su promoción, nulidad que fue obtenida por sentencia de fecha 24 de marzo de 1939 y por la cual hubo de ordenarse el restablecimiento de la señorita Mejía en su puesto de directora de la escuela de Canaan. El sostenimiento del juicio causó no solamente gastos por honorarios de abogado y de papel sellado, que son costas que no cobró por causa de la ley, sino gastos por viajes o traslados, hospedajes y alimentación.

"4º Mientras duraba el juicio y se obtenía el restablecimiento, lo cual dio lugar a dificultades que se demuestran con el auto de fecha 31 de marzo de 1931 que se acompaña a esta demanda junto con la sentencia ya aludida, transcurrieron seis meses de octubre de 1938 a abril del año en curso, durante los cuales la señorita Mejía no pudo cobrar su sueldo mensual de treinta y cinco ($ 35.00) pesos. Este

lucro cesante y aquellos gastos, que constituyen, en parte, el daño emergente, no fueron de pequeña monta, se los causó por la gobernación de un modo injusto, no se quiso reparar el agravio antes del juicio y por esto fue preciso acudir al Tribunal de Justicia Administrativa, y hubo jueces en Berlín".

Los fundamentos de derecho de la demanda se concretaron en los artículos 2341, 9º, 1613, 1614, 1615 y 1617 del Código Civil; y en el artículo 76, ordinal 2º, del Código Judicial.

El representante legal de la entidad demandada contestó la demanda, así: "Al hecho 1º No me consta, por eso ni lo afirmo ni lo niego. Al hecho 2º No me consta. Por lo demás, contiene apreciaciones netamente personales. Al hecho 3º No es cierto, en cuanto a la nulidad del decreto que ordenó la promoción. Lo demás son apreciaciones personales. Al hecho 4º No es cierto, porque si no pudo cobrar su sueldo durante el lapso a que se refiere el hecho, fue debido a que no se posesionó de su nuevo cargo".

El Tribunal de la causa finalizó la primera instancia, con providencia cuya parte resolutiva reza: "El Departamento del Valle del Cauca debe pagar a la señorita Ismaelina Mejía, la cantidad de TRESCIENTOS PESOS ($ 300.00), por los daños causados a ella con la promoción del cargo de maestra de la escuela rural de Canaán".

En consulta a esta superioridad ha subido el negocio, y agotada la tramitación correspondiente se procede a resolver lo que corresponda.

Cuestión de competencia

Sea lo primero aclarar, si el Tribunal **a quo** y la Corte Suprema, tienen jurisdicción y competencia para desatar la presente litis, pues el señor Agente del Ministerio Público en esta segunda instancia, sostiene que, por su naturaleza, es a la justicia administrativa y nó a la ordinaria, a quien compete el conocimiento de este juicio, por estar la acción instaurada comprendida dentro de la atribución que tiene el Contencioso administrativo sobre "RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO VIOLADO POR UN ACTO ILEGITIMO DE LA ADMINISTRACION".

Pero resultando del expediente que la demandante trata de conseguir una indemnización por perjuicios causados en virtud de un acto de la administración pública, que ha sido declarado nulo por la justicia administrativa; que ante ésta la actora ejercitó la acción de nulidad del acto lesivo, pero no pidió la reparación del daño que se le ocasionó, estima la Corte que, el Tribunal que conoció de la acción de nulidad, nada pudo estatuír en relación con el restablecimiento del derecho violado, y que, no habiéndose ejercitado en esa oportunidad el contencioso de plena jurisdicción, la actora no perdió por ello el derecho de reparación, y pudo, por tanto, de conformidad con la legislación vigente al tiempo de incoarse la presente litis, ejercer la respectiva acción de perjuicios ante la justicia ordinaria.

A esta conclusión ha llegado la Corte, en otros juicios de idéntica naturaleza, mediante un extenso estudio interpretativo del artículo 4º de la ley 80 de 1935 que regulaba completamente el contencioso de plena jurisdicción antes de entrar en vigencia el nuevo Código Administrativo (ley 167 de 1941).

Basta, pues, para sostener esta misma tesis en el presente fallo, remitirse a lo ya expuesto por esta Corporación en providencias del 30 de junio y 21 de agosto del año en curso, proferidas en el juicio de Rafael Bernal Medina contra el Departamento de Cundinamarca y el de Escolástica Silva de Vélez contra el Departamento del Valle, respectivamente.

Esto explicado, e iniciada la presente demanda el 30 de octubre de 1939, es decir, antes de la vigencia de la ley 167 de 1941, considera la Corte que tiene compe-

tencia para desatar la presente controversia.

Fundamentos de la presente sentencia

De autos aparece: 1º Que la señorita Ismaelina Mejía, por medio del decreto número 610 de 17 de septiembre de 1938, expedido por la Gobernación del Valle, fue nombrada maestra de escuela de Canaán, municipio de Toro; 2º Que la misma Gobernación por decreto número 683 de 28 de septiembre del mismo año removió de su cargo a la citada señorita Mejía, y por el decreto marcado con el número 753 de 25 de octubre de 1938, se la designó para el empleo de directora de la escuela de Yarumal, municipio de Bolívar; 3º Que la empleada removida, recurrió a la justicia administrativa para obtener la nulidad de los decretos últimamente citados, nulidad que fue declarada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cali en sentencia del 24 de marzo de 1939, por considerar que tal remoción no se ajustaba a la ley; y 4º Que la demandante dejó de ser, en consecuencia, maestra de escuela de Canaán, desde el mes de octubre de 1938 hasta el mes de abril de 1939. (Véase copia de la mencionada sentencia del Tribunal administrativo de Cali, y certificado extendido por el Director de Educación Pública departamental: folios 2 a 6, cuaderno número 1, y 13 vuelto del cuaderno número 2).

Es evidente, pues, la cesantía de la señorita Mejía por el lapso anteriormente indicado, por causa de un acto ilegal de la Administración, y es suficiente la declaración de nulidad de tal acto administrativo, mediante providencia dictada por autoridad competente, ejecutoriada y con la categoría de cosa juzgada, para presumir la existencia de un perjuicio cierto, inferido a un particular como consecuencia del acto ilegal e injusto, daño que, por otra parte, debe ser plenamente reparado en fuerza de claros preceptos de nuestro derecho positivo.

Cuantía de la indemnización

Para determinar el monto de la indemnización reclamada, el apoderado de la actora solicitó en el término probatorio de la primer instancia, la práctica de un dictamen pericial. Sobre este dictamen se expresó así el Tribunal en la sentencia recurrida:

"Los señores peritos doctores Miguel A. González y Carlos A. Olano en dictamen uniforme los estimaron en la suma de trescientos pesos, así: doscientos diez pesos ($ 210.00) por concepto de seis meses en que la maestra Mejía permaneció sin ganar sueldo, a razón de treinta y cinco pesos mensuales; cincuenta pesos por concepto de gastos hechos en viajes a esta ciudad; y cuarenta pesos, por gastos de permanencia en la misma ciudad. El señor Fiscal no objetó tal dictamen. No negó — por ejemplo — que la señorita Mejía ganaba un sueldo de treinta y cinco pesos en la escuela de Canaán. Y no se diga que por el hecho de haberse opuesto a la demanda, no tenía por qué objetar el dictamen. Aun cuando haya oposición a una demanda, el dictamen se pone en conocimiento de las partes para que lo objeten, si es el caso, sin que la objeción que haga la parte demandada, quiera decir que ya conviene con la demanda".

La Corte se abstiene de acoger el anterior dictamen en su totalidad, por cuanto no hay pruebas en autos, como debió haberlas, pues se trataba de hechos fácilmente comprobables por la demandante (si en verdad existieron) en lo que hace relación a los gastos de viaje y hotel que se dice fueron hechos por ella con motivo de la reclamación de que se trata.

Carece, pues, en esta parte el dictamen de los peritos, de una correcta fundamentación, y por eso la Sala sólo lo acoge en cuanto a la suma de $ 210.00 que la demandante dejó de percibir en concepto de sueldos.

Por lo que queda 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, REFORMA el fallo apelado y en su lugar condena al Departamento del Valle del Cauca a pagar a la señorita Ismaelina Mejía, la cantidad de doscientos diez pesos moneda corriente, a que asciende el valor de los sueldos que dejó de percibir como maestra de la escuela de Canaán.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — José M. Blanco Núñez — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES — RESPONSABILIDAD DE LOS TESOREROS O RECAUDADORES DE RENTAS EN CUNDINAMARCA

Como lo dijo la Corte, interpretando las Ordenanzas número 50 de 1898, 57 de 1915 y 36 de 1935, las disposiciones que ellas contienen "consagran la responsabilidad de los Tesoreros o Recaudadores de rentas no sólo por lo que perciban, sino también por lo causado a deber y no recaudado. Mas entre esa responsabilidad que, nótese bien, está condicionada por las deudas CAUSADAS y NO COBRADAS, y la proveniente de la insuficiencia de lo recaudado en relación con el respectivo capítulo de estimación presupuestal en el correspondiente período fiscal, hay un abismo. La primera es la consagrada en la legislación departamental de Cundinamarca, y es la justa y racional. La segunda no está ni podría estar consagrada por ninguna ley, ni por la equidad, ni la justicia, porque en el fondo encarna lisa y llanamente el tipo clásico de un enriquecimiento sin causa, llevado a efecto mediante los respectivos alcances y luégo vías forzadas de la ejecución".

Si se trata de deudas causadas ya a deber y contempladas en el respectivo presupuesto necesitan constar en el título que sirva de base a la ejecución, conforme a lo preceptuado por el artículo 982 del C. J. para que pueda contarse con un documento que por sí solo constituya plena prueba de la obligación que se pretende cobrar. Ni aún sobre la base de una clara y expresa constancia en el título ejecutivo de cantidades causadas y no cobradas puede aceptarse como indefinida la responsabilidad por tal concepto a cargo de los Tesoreros, ya que la disposición ordenanzal pertinente debe sufrir la limitación consistente en que dicha responsabilidad cesa tan pronto como los respectivos deudores cancelen sus deudas pendientes. De no ser así, habría un manifiesto enriquecimiento sin causa a favor de la entidad acreedora, por un doble pago de la misma acreencia.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

A favor del municipio de Engativá el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago por la suma de $ 4,297.63 contra el señor Luis Beltrán, en su calidad de fiador, y contra la sucesión de Esteban Quintero, como responsable principal, representada ésta por la cónyuge sobreviviente, señora Saturia Gaona v. de Quintero y por sus hijos Hernando, Esteban, Humberto y Berta Inés Quintero G., en razón de varios alcances elevados al causante en desempeño del cargo de Tesorero del mencionado municipio. Oportunamente la parte ejecutada presentó un pliego de excepciones ante el Juez de la ejecución, motivo por el cual este funcionario remitió el expediente al Tribunal Superior de Bogotá para los efectos de la sustanciación y fallo del respectivo incidente.

Surtida la tramitación correspondiente, el Tribunal pronunció sentencia el día

ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y uno en cuya virtud se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación por la cantidad de $ 4,297.35. Las demás excepciones propuestas fueron rechazadas.

Contra el fallo anterior interpuso apelación el señor Fiscal 1º del Tribunal. La parte ejecutada aceptó dicho fallo, pues contra él no hizo valer ninguno de los recursos legales pertinentes.

En la Corte este negocio ha sido sometido a la tramitación establecida en el artículo 504 del C. J. y, por tanto, es el caso de entrar a proferir la correspondiente decisión.

En atención a que el fallo no fue apelado por la parte demandada, el recurso debe limitarse a lo desfavorable al apelante, o sea, a la excepción de inexistencia de la obligación que el Tribunal declaró probada, como así lo pide en su alegato de conclusión el señor Procurador Delegado en lo Civil.

La referida excepción fue propuesta por la parte ejecutada con base en los hechos que a continuación se resumen:

Que por autos de fenecimiento de la Contraloría departamental números 379 y 381 de 13 de febrero de 1933, se elevó alcance a cargo del señor Esteban Quintero por las sumas de MIL NOVECIENTOS SIETE PESOS CON NOVENTA CENTAVOS y de DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON OCHENTA Y OCHO CENTAVOS, como resultado de la diferencia entre el monto de lo presupuestado y lo recaudado por el Tesorero en las vigencias de 1930 y 1931, respectivamente. Que tales obligaciones carecen de causa por cuanto sería contrario a la justicia y a la equidad hacer responsable a un empleado de manejo por dineros que no han pasado por sus manos, y que dichos alcances se deben a una errónea interpretación por la Contraloría de las disposiciones legales vigentes y en especial del artículo 328 del C. F., numeral 2º, que hace responsables a los Recaudadores "de lo causado a deber y no recaudado a favor del Tesoro", cosa diferente de lo que se entendió por deficiencias en el recaudo, tomando como base para la contabilización de los alcances lo presupuestado para las vigencias respectivas.

Que el citado auto de fenecimiento número 381 elevó un alcance por la suma de SETENTA Y OCHO PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS, moneda legal, como resultado de la falta de envío al Departamento de dicha suma para la revisión del catastro del municipio de Engativá, en el año de 1930. Que dicha cantidad ya había sido pagada en el mes de diciembre de 1931, puesto que por fenecimiento definitivo correspondiente a las cuentas del año de 1931 la Contraloría reveló de responsabilidad al Tesorero de los alcances por concepto del 10 % dejado de remitir para revisión del catastro, en los términos siguientes: "Como, según informe de la Sección Central de Catastro el municipio en referencia ya pagó lo que adeudaba por concepto de su revisión y antes tiene a su favor un saldo considerable, se le revela de responsabilidad".

Que la suma de TREINTA PESOS cobrada por el mismo auto de fenecimiento número 381 en razón de pagos hechos a los señores Joaquín Acero y Abraham Capia, sin que dicha cantidad estuviera apropiada en el presupuesto respectivo, debe descontarse de la ejecución, puesto que aparece plenamente acreditado el hecho de haberse verificado dichos pagos, como también el de que el municipio se aprovechó de los servicios de los citados empleados.

Con fundamento en estos hechos el excepcionante solicita que se declare probada la excepción de inexistencia de la obligación hasta por la cantidad de $ 4,290.45 que corresponde a la suma de las partidas acabadas de mencionar.

Se observa:

Las sumas de $ 2,273.88 y $ 1,907.10 se cobran por deficiencia en el recaudo con relación a los presupuestos de 1930 y 1931 del municipio de Engativá, y se deduce la responsabilidad de los ejecutados

de lo ordenado especialmente en el artículo 328 de la Ordenanza número 50 de 1898 y en las Ordenanzas números 57 y 36 de 1915 y 1935. Por tanto, es necesario determinar el alcance de las citadas disposiciones que, como lo dice la sentencia motivo del recurso, ya lo fue por esta misma Sala en sentencia de noviembre 21 de 1940 (**Gaceta Judicial** Nº 1966).

Teniendo en cuenta que todo presupuesto fiscal es un cálculo aproximado de las rentas probables que se podrán percibir en determinada vigencia, y de los gastos que se autoriza a efectuar con esas rentas, dice así la Corte en la providencia citada:

"Las disposiciones precedentes nítidamente destacan y consagran la responsabilidad de los Tesoreros o Recaudadores de rentas no sólo por lo que perciban, sino también por lo causado a deber y no recaudado.

'Esta responsabilidad es justa porque una de las funciones principales de todo Recaudador consiste en activar los cobros de las deudas causadas, de suerte que si no los activan incurren en culpa, de la cual los de Cundinamarca se liberan, conforme a la Ordenanza de 1915, probando que en cada caso hicieron los respectivos cobros mediante el reconocimiento librado contra el deudor.

"Mas entre la responsabilidad predicha, que, nótese bien, está condicionada por las deudas CAUSADAS Y NO COBRADAS, y la proveniente de la insuficiencia de lo recaudado en relación con el respectivo capítulo de estimación presupuestal en el correspondiente período fiscal, hay un abismo. La primera es la consagrada como se ha visto en la legislación departamental de Cundinamarca, y es la justa y racional. La segunda, que es la que deduce en contra del señor González la Contraloría Departamental, y que a su turno el Tribunal en sentencia de excepciones encontró bien deducida, aplicando equivocadamente la mencionada legislación, no está ni podría estar consagrada por ninguna ley, ni por la equidad, ni la justicia, porque en el fondo encarna lisa y llanamente el tipo clásico de un enriquecimiento sin causa, llevado a efecto mediante los respectivos alcances y luégo las vías forzadas de la ejecución".

En el presente caso la obligación resulta de la insuficiencia de lo recaudado en relación con la estimación de los presupuestos de 1930 y 1931, que como se dice en la precedente doctrina de la Corte, no engendra responsabilidad de parte de los Tesoreros o Recaudadores de Rentas. Por consiguiente, es legal y debe confirmarse en este particular la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación en relación con las partidas de $ 2,273.88 y $ 1,907.10.

En relación con lo anterior el señor Procurador Delegado en lo Civil manifiesta que "no es aceptable de manera absoluta el concepto de que un presupuesto municipal de ingresos no es sino un **cálculo aproximado.** Hay en él partidas que no comportan una aproximación de entradas eventuales e inciertas sino una **deuda fiscal** causada ya, con un objeto cierto consistente en determinada cantidad de dinero que debe pagar un deudor del municipio. En este caso el Recaudador está en la obligación de recaudar dentro de la respectiva vigencia fiscal aquella cantidad, y si no la recauda, no probando excusa legítima para ello, incurre en la responsabilidad que establece el numeral 2º del artículo 328 de la Ordenanza 50 de 1898, citada en la sentencia materia del recurso".

Como se ve el señor Procurador argumenta en el precedente párrafo de su concepto, sobre la base de que se deduzca responsabilidad contra el responsable Tesorero a título de sumas causadas a deber y no recaudadas, provenientes de deudas fiscales que existen incluídas en los presupuestos. Pero dicha argumentación no es aplicable al caso en estudio, porque aquí sólo se trata de una obligación por deficiencia en el recaudo de cuentas relacionadas con los presupuestos

de 1930 y 1931, y es evidente que dentro del concepto de deficiencia en el recaudo cabe no solamente el caso contemplado por el señor Procurador sino en general el eventual del cálculo aproximado de ingresos, que, como se ha visto, resulta arbitrario como fundamento para exigir la responsabilidad a los Tesoreros cuando la realidad de los ingresos no coincide con lo estimación presupuestal.

Ahora bien, si se trata de deudas causadas ya a deber y contempladas en el respectivo presupuesto necesitan constar en el título que sirva de base a la ejecución conforme a lo preceptuado por el artículo 982 del C. J., para que pueda contarse con un documento que por sí solo constituya plena prueba de la obligación que se pretende cobrar. No constando esa circunstancia en el título fundamental de este juicio ejecutivo, ya que en él, como viene dicho, apenas se habla de deficiencias en el recaudo, la pretensión del demandante de que se acepte tal título como base del mandamiento de pago no puede prosperar.

Pero hay más todavía: ni aún sobre la base de una clara y expresa constancia en el título ejecutivo de cantidades causadas y no recaudadas, puede aceptarse como indefinida la responsabilidad por tal concepto a cargo de los Tesoreros, ya que la disposición ordenanzal pertinente debe sufrir la limitación consistente en que dicha responsabilidad cesa tan pronto como los respectivos deudores cancelen sus deudas pendientes. De no ser así, habría un manifiesto enriquecimiento sin causa a favor de la entidad acreedora, por un doble pago de la misma acreencia. Y esto es precisamente lo que acontece en el presente caso, como se desprende del certificado que obra al folio 7 del cuaderno número 3 expedido el 3 de septiembre de 1941 por el señor Tesorero de Engativá, y de acuerdo con el cual no existían deudores morosos en los años de 1930 y 1931, sino en la suma de $ 8.29 por impuesto predial. Lo que está poniendo de manifiesto que las posibles deudas causadas de que trata el título ejecutivo al hablar de **deficiencias en el recaudo,** ya fueron canceladas en casi su totalidad.

En cuanto a los alcances por las sumas de $ 78.67 y $ 30.00 se tiene lo siguiente:

La primera de las partidas citadas fue reconocida a cargo del Tesorero responsable por haberse dejado de remitir a la Administración de Hacienda Departamental para la revisión del catastro en el año de 1930.

El auto de fenecimiento número 379 correspondiente a las cuentas de la Tesorería de Engativá en el año de 1931 (folio 81 del C. número 2) hace referencia a un informe de la Sección Central de Catastro en el cual se dice que el Municipio pagó lo que adeudaba por concepto de la revisión del catastro, quedándole a su favor un saldo considerable. El certificado que obra al folio 4 del C. número 3, expedido por la Oficina Seccional de Catastro de la Secretaría de Hacienda Departamental el 3 de septiembre de 1941, corrobora lo anterior al certificar que el municipio de Engativá en esa fecha, no era deudor del Tesoro del Departamento por concepto del 10 % de impuesto predial para la revisión del catastro. Por tanto, las razones alegadas para elevar el alcance por la suma de $ 78.67 en referencia aparecen absolutamente desvirtuadas por los documentos que se acaban de mencionar y, en consecuencia, esta partida también debe descontarse del total de la ejecución.

En cuanto a la segunda partida, o sea, por la suma de $ 30.00, se observa que de acuerdo con la copia de las nóminas que obran en el cuaderno de pruebas de la parte ejecutada y que fueron expedidas por la Contraloría General del Departamento, dicha suma fue pagada a los señores Joaquín Acéro, en su carácter de ayudante de la alcaldía y al señor Adán Capiá por servicios prestados como agente de policía. De tal manera que a este respecto no hubo malversación de fondos por parte del Tesorero responsable, sino que el dinero en cuestión fue pagado en virtud de servicios prestados por dos empleados municipales, con autorización del

respectivo alcalde. Habiéndose hecho dicha erogación para satisfacer deudas causadas a cargo del municipio, no hay razón que justifique el cobro de esa misma suma al responsable.

Por consiguiente, el fallo, materia del presente recurso, que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación por las dos partidas anteriores y que el señor Procurador no impugna, debe confirmarse en el particular.

Por último, la partida de $ 6.90 proveniente de pagos por útiles de escritorio al señor Justiniano Gacharná y que el Tribunal descontó de la ejecución, debe conservarse puesto que ella no fue motivo de excepción por parte de los ejecutados en la respectiva demanda. Lo mismo debe decirse de la partida por $ 0.28 deducidos por concepto de la diferencia existente entre lo recaudado por impuesto predial, según los recibos respectivos y lo que ingresó a la caja.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley REFORMA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y uno dictada en este juicio, del siguiente modo:

1º Declárase probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la parte ejecutada en el presente juicio respecto de las cantidades de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia, y que forman un total de cuatro mil doscientos noventa pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 4,290.45)

2º Siga adelante la ejecución por la cantidad restante.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán — José M. Blanco Núñez — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en. ppd.



RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PERJUICIOS CAUSADOS EN LA TRAGEDIA DE AVIACION DEL CAMPO DE SANTA ANA.—AVALUO PERICIAL

(Para lo referente a la primera parte de la doctrina nos remitimos a sentencias similares cuyo extracto doctrinal aparece antes de ellas en números anteriores de la GACETA JUDICIAL.

La Dirección).

Conforme al artículo 721 del C. J. no es lo mismo la apreciación pericial sobre hechos respecto de los cuales los expertos se pronuncian según sus conocimientos, por su profesión, que cuando aluden a puntos tocantes con avalúos o regulaciones en cifras numéricas, pues en este último caso, a diferencia del primero, además de ser uniforme el experticio para que valga como prueba, debe ser explicado y *debidamente fundamentado.* Fundamentado y explicado, en la materia a que se contrae, equivale a su fundamentación y explicación dentro del campo de las relaciones económicas o patrimoniales resultantes de los datos que suministran las demás pruebas aportadas al juicio. Una estimación global que no se halle debidamente fundamentada, no es prueba. Para fundar debidamente una estimación económica de los perjuicios causados por un accidente es preciso, si se trata del daño moral objetivado y del daño material, puntualizar los elementos y factores en juego, de aquella especie económica, que sirvan para deducir de un modo preciso y concreto, o dentro de las posibilidades de cálculo admitidas para apreciar el daño futuro, cuál es ese monto seguro o probable a que asciende el perjuicio. En el caso de los perjuicios que se causan por la muerte violenta de una persona es necesario hacer una estimación de la probable duración de la vida del occiso, conforme a las tablas sobre duración probable de la vida humana que emplean las compañías aseguradoras y teniendo en cuenta la edad. Con esta base los peritos deben hacer el cómputo del monto del perjuicio material y del moral objetivado, en lo que se refiere al lucro cesante, o sea la merma de la producción económica del lesionado. Y ese cómputo debe basarse en las pruebas sobre la normal productividad económica a que quedó sometido después de él, para fijar de ese modo la merma o disminución en aquélla, o sea el lucro cesante. Y asimismo el daño emergente, que consiste en el detrimento anterior o actual causado al demandante en su patrimonio material y en el moral objetivado. Esta apreciación o detalle de los varios renglones que integran el daño moral objetivado y el material es indispensable para que pueda admitirse que un dictamen estimatorio de ellos se encuentra debidamente fundamentado. Una apreciación global, no discriminada, puede ser justa esencialmente, pero indudablemente es arbitraria en su aspecto formal y comprobatorio, el que desde luego que se trata de una estimación de un daño que por su naturaleza es susceptible de acreditarse, exige o requiere por lo mismo tal comprobación. No ocurre lo mismo cuando se trata del daño moral subjetivo, el que por su naturaleza no permite evaluación económica y comprobación procesal. Atendiendo principalmente a

este motivo la Sala de Negocios Generales ha venido sustentando la tesis jurisprudencial, con la cual ha estado también de acuerdo la Sala de Casación Civil, que aquel daño moral no objetivado no puede ser objeto de avalúo ni de indemnización compensatoria que acreciente el patrimonio económico de la persona lesionada, y que en este evento cumple aplicar una norma de legislación positiva colombiana, el artículo 95 del Código Penal, que permite al Juez fijar prudencialmente una suma hasta de dos mil pesos por concepto del daño que no puede ser estimado por medio de avalúo de peritos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. José M. Blanco Núñez)

Luis Eduardo Acevedo Torres, por medio de apoderado, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, promovió demanda contra la Nación, representada por el respectivo Fiscal de ese Tribunal, para que previo el trámite legal de un juicio ordinario, se declare que el Estado o Nación de Colombia, está obligado a indemnizarle todos los perjuicios morales y materiales que sufrió a consecuencia del siniestro de aviación del Campo de Santa Ana, acaecido el 24 de julio de 1938; y se condene al demandado a pagar por tal concepto al demandante la suma de $ 40.000.00.

Como hechos básicos de la demanda se alegaron los siguientes:

"1) Por cuenta y a cargo de la Nación o Estado colombiano funciona dentro del territorio la aviación, por medio de empleados nombrados por el Gobierno y dependientes del mismo;

"2) El Gobierno decretó, organizó y dirigió las funciones o espectáculos que se desarrollaron bajo la inspección del mismo Gobierno en los meses de agosto y julio del presente año (1938) en la ciudad de Bogotá y sus inmediaciones, entre los cuales figura el de maniobras militares y de aviación en el Campo de Santa Ana, jurisdicción del Distrito Judicial de Cundinamarca (sic), el día 24 de julio de 1938;

"3) A virtud de los programas e invitaciones expresas y tácitas del mismo Gobierno contenidas en las mismas medidas que adoptó, entre las cuales no se hizo figurar el vuelo de aparatos aéreos sobre la multitud en el mencionado campo, y por sentimientos de patriotismo en orden al festejo del centenario cuarto de la fundación de Bogotá, familias y ciudadanos concurrieron al mencionado campo, en la fecha citada, buenos y sanos y confiados, entre los cuales se halla mi mandante;

"4) Pero el hecho de haber permitido, ordenado o tolerado aquel vuelo y maniobras sobre el campo en donde la multitud se hallaba congregada, el siniestro del avión o aparato que dirigía un empleado del Gobierno Nacional tuvo lugar y efectos precisamente en el campo citado, en la fecha ya indicada y sobre la multitud, causando pavorosos estragos en las vidas e integridad personal de numerosas personas entre las cuales se halla mi mandante, quien a consecuencia de las lesiones, quemaduras, etc., que recibió en ese siniestro perdió el ojo izquierdo, la aptitud de la mano derecha para cerrarla, graves quemaduras en el rostro y manos, quedándole hoyoso y bastante desfigurado el rostro y las manos, y tuvo que ingresar a un hospital y permanecer incapacitado allí durante varios meses, fue operado el ojo citado y extraído y ha quedado con una lesión permanente de por vida e irreparable, de lo cual responde civilmente la Nación;

"5) El Gobierno en decreto de este mismo año reconoce a todas las víctimas de ese siniestro el derecho para ser indem-

nizadas, siguiendo los dictados más conformes con la justicia y el derecho;

"6) Porque el Gobierno, como los particulares, aquél a nombre del Estado a quien representa, responden de sus propias acciones o actos, de las personas o por las personas que de ellos dependen, de las pérdidas, averías, etc., que se causen por esas personas o por las cosas que actúan bajo su dependencia o les pertenecen, por la peligrosidad que ellas mismas encierran y por el abuso en el ejercicio del derecho;

"7) Fue un error, descuido, negligencia, imprudencia y temeridad ordenar, permitir o tolerar aquel vuelo y maniobras aéreas sobre la multitud congregada en la fecha indicada en el Campo de Santa Ana, en donde también se puso en inminente peligro las vidas de altos funcionarios del Estado y de las naciones amigas;

"8) A consecuencia de los daños sufridos por mi mandante por causa del siniestro mencionado, mi mandante ha quedado en situación de grave inferioridad personal precisamente para coronar su carrera en la vida, desarrollar y finalizar con la facilidad eficiente y perfección todos los problemas de la vida intelectual y económica, social y particular; su integridad personal ha sufrido gravemente, y tiene derecho para ser indemnizado como se demanda en este libelo".

Como fundamentos de derecho se señalaron las siguientes disposiciones: arts. 1494, 2341, 2343, 2347, 2350, 2356, 1612, 1617 y 63 del C. Civil; 4 y 8 de la ley 153 de 1887; 1606 y 1604 del C. C.; 76, inciso 1º, 77, 734 a 737 y concordantes del Código Judicial.

Admitida la demanda por el Tribunal mencionado, el representante legal de la Nación manifestó en el correspondiente traslado la aceptación del hecho primero; dijo no constarle los hechos segundo, tercero y octavo; negó el cuarto, quinto y séptimo; y con respecto al hecho sexto se presó así: "Este es un punto de derecho que se debatirá en el curso del juicio. En todo caso niego que el Estado haya tenido culpa en el siniestro de que se viene tratando". Y finalmente, negó el derecho, causa o razón de la demanda.

Finalizó la instancia respectiva con fallo de fecha 8 de abril de 1940 que condenó a la Nación al pago **in genere** de los perjuicios sufridos por el demandante en el accidente de aviación del Campo de Santa Ana.

Por apelación de ambas partes, ha subido el negocio a esta Superioridad, la cual procede a decidir la alzada, una vez que se encuentra agotada la tramitación correspondiente a 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:

1. Que para la celebración del cuarto centenario de la fundación de Bogotá, el Gobierno Nacional ordenó una parada militar para el 24 de julio de 1938, con participación del Ejército y de las Fuerzas Aéreas de Colombia. (documentos oficiales que obran a folios 6, 7, 8, 19, 20 del cuaderno número 3).

2. Que esa revista militar se verificó el día indicado para ello, fue pública y se invitó para presenciarla a la ciudadanía en general y a determinadas personas en particular. A dicha revista acudió el señor Luis Eduardo Acevedo **perfectamente** sano. (Testimonios de los señores Olegario Segura, Jorge Pinzón Sarmiento, Luis Calixto: folios 17 vuelto, 45 del cuaderno número 5; y folio 8 del cuaderno número 2).

3. Que mientras se efectuaban los ejercicios acrobáticos de la aviación y con ocasión de ellos se vino a tierra uno de los aviones, estrellándose contra la multitud, y resultando del accidente numerosos muertos y heridos. Y que entre los heridos resultó gravemente lesionado el citado Luis Eduardo Acevedo. (Ibidem).

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 causa del accidente 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 concertada para la celebración del cuarto centenario de la fundación de Bogotá, por cuanto violaron los reglamentos sobre tránsito aéreo y vuelos acrobáticos relativos al lugar y altura permitidos en tales vuelos.

En efecto:

Del informe rendido por el Mayor Jorge Méndez Calvo, como Director General de Aviación (folios 54 a 59 del 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 que determinaron el accidente aéreo ocurrido en el Campo de Santa Ana o Marte el 24 de julio de ese año (folios 42 a 45 del cuaderno citado); 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 accidente aéreo de Santa Ana, teniendo en cuenta las circunstancias de las maniobras objetivamente apreciadas durante la revista" (folios 21 a 32, 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.

Pero 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 300 metros para vuelos sobre agrupaciones de personas al aire libre, y a la de 500 metros para los vuelos acrobáticos.

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 150 metros (ciento cincuenta metros). Informarás le permanentemente estado revista. — Mayor MENDEZ, 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 4º y 5º del Reglametno de Tránsito, vigente en 1938, y que regulan la materia relativa a Acrobacias, y el artículo 3º del mismo reglamento en relación con las alturas de vuelos sobre agrupaciones de personas.

Tales artículos prescriben, respectivamente:

"4. **Altura mínima.** — Toda maniobra acrobática debe terminar a una altura no menor de 500 metros.

"5. **Prohibición.** — No podrá volarse un avión acrobáticamente, sobre:

a) Ciudades, poblaciones, etc.
b) Aeródromos, parque, estadio, etc.
c) Agrupaciones de personas al aire libre.

"3. **Sobre agrupaciones de personas.**— No podrá volarse a menor altura de 300 metros sobre agrupaciones de personas al aire libre". (Folio 13 del 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 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 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 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 medio 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 el demandante para que responda".

Los perjuicios

El demandante ha solicitado la indemnización de perjuicios, tanto morales como materiales.

Que el señor Luis Eduardo Acevedo sufrió en la tragedia aérea de Santa Ana, el 24 de julio de 1938 graves lesiones en su persona, queda demostrado en este juicio, mediante las siguientes pruebas:

A. El testimonio de los señores Luis Jorge Pinzón Sarmiento, Olegario Segura, Guillermo Oliveros y Luis Calixto comprueba plenamente que el citado Luis Eduardo Acevedo se encontraba perfectamente sano presenciando la revista militar de Santa Ana del 24 de julio de 1938, y que resultó con graves quemaduras en la cara con ocasión del referido accidente allí acaecido (folios 17 vuelto, 45 y 42 vuelto del cuaderno número 5; y folio 8 del cuaderno número 2).

B. El certificado expedido por el Juez 2º Superior del Distrito Judicial de Bogotá expresa que en el proceso sobre averiguación del siniestro en referencia figura el señor Luis Eduardo Acevedo como una de las víctimas (folio 16, cuaderno número 5).

C. El reconocimiento practicado en la víctima demandante por la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá dio el siguiente resultado: "Luis E. Acevedo presenta los dorsos de las manos y los dos tercios inferiores de los antebrazos cubiertos por cicatrices incompletas consecutivas a quemaduras de 2º y 3º grado; el rostro, en su totalidad y los pabellones auditivos también presentan cicatrices consecutivas a quemaduras de 1º y 2º grado. El globo ocular izquierdo fue enucleado por graves lesiones irreparables. Incapacidad: setenta y cinco (75) días, con buen tratamiento y sin complicaciones, desde el 24 de julio último". Un posterior examen de la misma oficina manifiesta que "Luis E. Acevedo: sufrió en definitiva setenta y cinco (75) días de incapacidad. La pérdida del ojo izquierdo constituye deformidad física y perturbación funcional permanente. Las cicatrices consecutivas a las quemaduras que sufrió constituyen deformidad física permanente. En la mano derecha ha quedado una limitación de los movimientos, en especial para la flexión. Esto constituye perturbación funcional que puede modificarse aún de manera favorable". (Folio 16, cuaderno número 5).

D. La ficha médico-quirúrgica expedida por el Jefe del Hospital Militar Central, doctor Plinio Cifuentes, y la declaración de éste rendida en la segunda instancia confirman que el demandante estuvo sometido al tratamiento de quemaduras de primer grado en la cara, en los brazos y en las manos, y pasó por la necesidad de que le practicaran la enucleación de un ojo. (Folio 24, cuaderno número 5; y folio 5 del cuaderno principal).

Demostrada, como lo está, la responsabilidad de la Nación, como empleadora del Teniente Abadía, y sin que se haya ella descargado de la presunción de culpa que la grava, debe responder de los perjuicios morales y materiales que la víctima del accidente haya sufrido con motivo de las lesiones que padeció, conforme a las normas de los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil.

Monto de la indemnización

Para establecer la cuantía de la indemnización de los perjuicios sufridos por el demandante, durante el término probatorio de la segunda instancia fue pedido y decretado un dictamen pericial, en el cual los peritos debían tener en cuenta los antecedentes del señor Acevedo como estudiante y trabajador, su posición social, la incapacidad que pudo haber padecido en el accidente, las deformidades y defectos físicos a que quedó sometido con carácter permanente y que provengan como consecuencia de dicho accidente, sus capacidades intelectuales, su constitución orgánica y la de sus progenitores, la edad de todos, la vida probable que aún pueda tener, el lucro cesante por causa del estado de inferioridad física y mental en que quedó, y las demás consideraciones conducentes que hicieron los mismos peritos mediante la observación directa y la estimación de las pruebas que obran en el expediente al tiempo del dictamen. (Folio 6, cuaderno número 5).

En tal virtud los doctores Edmundo Rico y Guillermo Fischer C. rindieron en una sola declaración, por estar de acuerdo, el dictamen correspondiente, el cual fue puesto en conocimiento de las partes para los efectos legales indicados en los artículos 719 y 720 del Código de Procedimiento Civil, no habiendo sido objetado dentro del término respectivo. (Folios 50 y siguientes del cuaderno número 5).

Considerando los peritos, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente: que el señor Acevedo Torres era un estudiante "de buenas capacidades mentales y que al haber podido continuar estudios hubiera coronado con éxito una carrera profesional"; que dicho señor ocupaba el tiempo que le dejaba libre el estudio para negociar en víveres, negocio que le producía buenas utilidades; que había en su temperamento psicoorgánico una firme y tesonera voluntad para el dinamismo, para abrirse paso en la vida, para triunfar; que el demandante y su familia —aun cuando no dispo-

nían de mayores recursos—ocupaban una buena posición social en el país; que dadas sus aptitudes de trabajador, su vocación por el estudio, sus anhelos por coronar ulteriormente una carrera profesional, era él la persona indicada para mantener esa posición social y para subvenir con el correr de los años a la tranquilidad pecuniaria y espiritual de su familia; que todos los órganos y aparatos vitales de la familia Acevedo Torres, "funcionan normalmente, a cabalidad, son completos" y que es protuberante el hecho de la longevidad de la abuela, y el de la sanísima ancianidad orgánica y funcional de los padres del demandante; que el examen de todos los órganos y aparatos del señor Acevedo Torres es igualmente normal y completo, precursor por las leyes hereniales de una larga longevidad; que el funcionamiento propiamente dicho de tales órganos y aparatos ha quedado maltrecho y disminuído permanentemente de por vida como consecuencia de las lesiones definitivas e irremediables que sufriera en la revista aérea de Santa Ana el 24 de julio de 1938, el citado Acevedo Torres; que en la actualidad esas lesiones orgánicas y funcionales permanentes consisten en la pérdida completa del ojo izquierdo, en cicatrices indelebles, deformes y de pigmentación anormal en la totalidad del rostro, y en cicatrices en las manos y antebrazos, además de la incapidad en la mano derecha para la ejecución normal de los movimientos de flexión, supinación y pronación; que a consecuencia del siniestro aéreo el señor Acevedo padece o ha quedado sensibilizado por una crónica **neurosis traumática,** a lo cual se agrega una "inaptitud de concurrencia" debida a la repugnancia de las deformidades físicas consecuenciales a las quemaduras; y en fin, después de un detallado estudio científico de la personalidad del demandante, y con base en los documentos que obran en el expediente, los peritos doctores Edmundo Rico y Guillermo Fischer, avaluando globalmente todas las secuelas que dejó el siniestro aéreo de Santa Ana en el cuerpo y en la mente de don Luis Eduardo Acevedo Torres, conceptuaron que la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) m/l. que él solicita de la Nación por indemnización de perjuicios, no es exagerada sino que es justa, lógica y equitativa.

Estima la Corte de mucha importancia e interés, reproducir la parte del dictamen pericial en referencia, atinente a la perturbación pisiquica que sufre el señor Acevedo Torres.

Sobre este particular los peritos se expresan en la siguiente forma:

"Hasta donde el examen clínico lo permite, el estado propiamente somático de los órganos y aparatos de don Luis Eduardo Acevedo Torres, es en extremo normal. No así el equilibrio de su sistema encéfalo-medular y, particularmente de su psiquismo. Porque, H. señor Magistrado, de resultas del gran choque emocional, del traumatismo conmocional y del golpe moral que el señor Acevedo sufriera como consecuencia del siniestro aéreo del cual su cuerpo y espíritu fueron parte integrante, por así decirlo, ha quedado sensibilizado por una crónica Neurosis Traumática.

"Atendiéndonos a los más expertos psiquiatras forenses en la materia, vamos a definir, honorable señor magistrado, lo que ellos apellidan 'Neurosis Traumáticas', su sintomatología y las consecuencias médico-legales que esta afección, eminentemente psicomoral acarrea, de manera irremediable, a quienes la padecen. Citaremos y argumentaremos, pues, con los conceptos irrecusables de dos grandes y conocidos especialistas en la materia: los profesores L. Thoinot y Laignel Lavastine.

"'La Neurosis Traumática —dice el primero— reconoce dos factores principales: **el traumatismo y la emoción.** Como lo ha sostenido Vibert, los traumatismos susceptibles de engendrar la neurosis traumática no son heridas cualesquiera. Son, ya los traumatismos craneanos y medulares directos y violentos, ora los traumatismos que producen una sacudida, una conmoción viva general del cuerpo que

afecta, necesariamente, todo el sistema nervioso'.

"'La emoción, compañera habitual de los grandes traumatismos, agrega su acción a la del traumatismo. Una viva emoción, v. y g. la que experimentan los individuos sorprendidos por una catástrofe colectiva —y que, sin embargo, los deja, físicamente indemnes— puede, por sí sola, engendrar la Neurosis Traumática'.

"Los síntomas psíquicos de la neurosis, figuran siempre en el primer plano: cambios del carácter; disminución de la memoria y de la facultad de atención; disminución de la inteligencia; insomnios y pesadillas; ideas hipocondríacas; debilitamiento de la energía y de la voluntad; ansiedad y fobias'. (Thoinot.—Précis de Médicine Légale.—Páginas 431 y 432).

"En el señor Luis Eduardo Acevedo Torres, hallamos todos los signos psíquicos anteriores, signos que agregados a los meramente funcionales de nuestro examen, nos hacen diagnosticar en él, una clásica Neurosis Traumática o 'Encefalopatía Traumática' como la denomina Laignel Lavastine.

"En efecto: fuera de la taquicardia (aceleración del pulso), 'síntoma importantísimo que no puede ser simulado de manera permanente', exhibe, claramente, psicológicamente cambios fundamentales en su carácter: está afectado de una depresión psíquica, lindante con la melancolía, depresión que hemos puesto de manifiesto con la exploración reiterada de su reflejo óculo-cardíaco que es francamente positivo, en las varias ocasiones que lo hemos examinado. Y aun cuando su memoria funciona bien, sus diversas clases de atención, aparecen dispersas, flácidas e indiferentes. Su inteligencia es despejada, pero al explorarla, resalta en ella, la carencia absoluta de estímulo para el porvenir comoquiera que la depresión permanente de su carácter —resultante lógica del traumatismo de Santa Ana— le impide, con íntegra la fuerza del pavoroso realismo presente, orientarla por los senderos del rendimiento y del esfuerzo. En una palabra, la inteligencia del señor Acevedo, está irremediablemente empobrecida y vencida por su Neurosis Traumática.

"Profusamente exhibe, don Luis Eduardo, ideas hipocondríacas, es decir, ideas pesimistas y fijas, relativas a su salud física y moral, a sus deformidades fáciales y, sobre todo, ideas hipocondríacas atañaderas a la imposibilidad, a la gran dificultad que le quedara para valerse adecuadamente de su mano derecha. Esto es lo más que le preocupa.

"Su energía y su voluntad que otrora, antes del accidente del 24 de junio (sic) de 1938, eran múltiples e impregnadas del dinamismo ordenado para triunfar en la existencia, están ahora, a causa de su neurosis traumática, reducidas a cero. Y retocando este cuadro dramático, aparece el insomnio tenaz, surcado en los fugaces intérvalos del sueño, por la angustia intolerable de pesadillas en las que alterna, junto con la reminiscencia de sus días felices, un torturante pout-pourri de los hechos catastróficos de Usaquén.

"Al señor Acevedo Torres le persigue de continuo, la fobia (horror a determinada cosa) del ruido de los aviones, de los espacios descubiertos y la presencia de un militar en la calle —máxime si es aviador—, evocan en él, con inusitada angustia, el recuerdo del accidente de Santa Ana. Cuando nosotros le nombramos este siniestro o el vocablo 'avión' le invade la ansiedad y su taquicardía se exalta aún más, como se comprueba, contándole en esos momentos, el pulso o auscultando sus latidos cardíacos. No cabe duda, honorable señor magistrado, de que Acevedo quedó a causa del siniestro aéreo, afectado de pertinaz y muy grave Neurosis Traumática.

"Refuerza, objetivamente y mantiene invariable el ritmo morboso de este desequilibrio psíquico, el deplorable, el repugnante (porque esta es la palabra) estado antiestético en que quedaron el rostro y las manos del señor Acevedo Torres. Estas deformidades lo han sumido en el más doloroso y estable complejo freudiano de inferioridad física y moral. Compárese la fotografía que incluímos al presente peritazgo con los rasgos que actualmente que-

dan del señor Acevedo y así se comprenderá mejor lo que los peritos Imbert, Oddo y Chavernac, llaman acertadamente, 'la inaptitud o incapacidad de concurrencia', o sea que 'el accidentado es objeto de burlas o, más frecuentemente, que se le rechaza para ciertas profesiones o empleos en los cuales la deformidad que presenta puede alejar la clientela'.

"Y si tenemos en cuenta que no sólo las cicatrices destruyeron la estética del rostro del señor Acevedo sino que perdió el ojo izquierdo en cuya cuenca deforme y antiestéticamente cicatricial, el ojo de vidrio torna más desfigurado el contraste, todo ello imprime fuerza y mayor tenacidad y cronicidad a la Neurosis Traumática de la víctima.

"De aquí, que los tres expertos franceses, en la página 493 de su erudito tratado, estampen estas frases que parecen hubieran sido escritas para el caso concreto que nos ocupa: 'La depreciación orgánica que con frecuencia se agrega a la depreciación funcional para agravarla, debe también servir de base a la evaluación de la incapacidad. Hemos indicado que después de la enucleación de un ojo, se observa, en veces, un trastorno muy molesto en el otro, consistente en la falsa proyección de los objetos que el cerebro sitúa en lugares en donde en realidad no se encuentran. Este trastorno que puede persistir siempre, constituye, por sí solo, una agravante de incapacidad y que puede hacer imposible el ejercicio de ciertos oficios. Pero hay más todavía: no se debe, en toda equidad, distinguir la simple pérdida de la visión, sin lesiones visibles, de la pérdida del ojo que impone el uso de un ojo artificial? O aún: de la pérdida del órgano acompañada de lesiones cicatriciales graves, desfigurantes que impiden toda prótesis adecuada imposible y que alteran gravemente la fisonomía del herido?'

"Una de las fobias, de las obsesiones de que se queja el señor Acevedo Torres es la de que con frecuencia ve, por el ojo que le queda, los objetos y las personas situados en planos que no corresponden a la realidad. Y este trastorno, alimenta y agrava más su neurosis traumática.

"Ahora bien, honorable señor magistrado: todos los autores están acordes en afirmar y sostener que, 'las neurosis traumáticas, deben ser consideradas por el experto, como productoras de una incapacidad permanente".

Para fundamentar ampliamente el avalúo de los perjuicios morales y materiales sufridos por el señor Acevedo Torres, los peritos hacen un análisis de la transformación desfavorable verificada en la personalidad del demandante, y a este respecto se expresan así:

"Gracias a la estimación de las pruebas que obran en el expediente, está demostrado que antes del siniestro, el joven Acevedo Torres, era no sólo hábil y concienzudo empleado sino aventajado estudiante y efectivo trabajador puesto que las horas que le dejaban libre sus estudios, ocupábalas negociando en víveres que le procuraban utilidades mensuales, avaluadas entre ciento y ciento cincuenta pesos.

"Merced a la observación y al examen directo que efectuamos en el señor Acevedo, conceptuamos honorable señor magistrado que, evidentemente, su personalidad psicológica unida a su constitución orgánica, correspondía, exactamente a sus capacidades intelectuales y a su dinamismo. Porque, a más de su nada común inteligencia, el señor Acevedo Torres, posee, morfológicamente, en su estructura corporal, los atributos típicos del **brevilinio**, es decir, que los diámetros conjuntos de su tórax y abdomen son superiores a los diámetros conjuntos de sus miembros superiores e inferiores. Su rostro tiene la forma de un pentágono plano, otro atributo clásico del brevilinio. Para ilustrar aún más el criterio del señor magistrado, le pondremos como ejemplo notorio de esta constitución temperamental brevilinia, a la de los doctores Carlos Lleras Restrepo y Hernán Salamanca.

"Pues bien: esta constitución morfológica brevilinia, temperamentalmente, es patrimonio de los seres dinámicos, emprendedores, optimistas, que viven en es-

trecho contacto con la realidad y cuya voluntad, especialmente para el trabajo y cuyo poder de ambición van siempre, metódica y pacientemente polarizados al triunfo y a la lucha tenaz por la vida.

"Cuandoquiera que grandes traumatismos físicos, intelectuales o afectivos hieren el psiquismo vibrante de estos hombres, entonces se desploman por igual aquella energía, aquel dinamismo; se opaca y descontrola su inteligencia y a la actividad creadora y demoledora, a la excitación y a la voluntad, suceden la depresión y apatía; la abulia y el desconcierto, la angustia y la ansiedad, acompañada de fobias e ideas fijas que en veces y, en ocasiones, fatalmente conducen a estos individuos hasta el suicidio. Toda la euforia y dinamismo férreos del mariscal Joffre, le llevaron luégo a una permanente neurosis traumática de origen moral cuando fue destituído, después de la victoria del Marne del comando supremo de los Ejercitos Aliados. Y la constitución morfológica temperamental del mariscal Joffre era la del clásico brevilinio.

".....

"La constitución morfológica brevilinia de Acevedo, explica y demuestra porque (sic) este joven era estudiante distinguido, activo, voluntarioso y trabajador. Los estragos del traumatismo, nos prueba, igualmente, por qué ahora, es abúlico, deprimido, ansioso, incapaz para la lucha y por qué está afectado de una neurosis traumática permanente.

"Por otra parte las graves quemaduras que sufrió, que le dejaron cicatrices indelebles y deformaron de por vida su rostro y manos y antebrazos —impidiédole, de manera permanente los movimientos adecuados de flexión, en su mano derecha—; la pérdida total de la visión por enucleación de su ojo izquierdo, agravan, todavía más, esta neurosis puesto que según todos los tratadistas 'la incapacidad psíquica que dejan las neurosis traumáticas es permanente".

El dictamen pericial que acaba de citarse, por la profundidad y brillantez de sus conceptos; por la uniformidad o perfecto acuerdo entre los peritos; por la calidad de éstos; por la prolija y sólida fundamentación de sus apreciaciones; por la exactitud y claridad en el análisis de todos los factores que contribuyeron a formar en el ánimo de todos ellos la suma suficiente de convicción para llegar, como llegaron, a la conclusión de que la cantidad de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00), señalada como monto de los perjuicios morales y materiales sufridos por Luis Eduardo Acevedo Torres "es justa, lógica y equitativa", reúne con creces, para ser aceptado judicialmente como plena prueba, como se acepta, todos los requisitos de forma y de fondo que exige el artículo 721 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "Cuando se trate **de avalúos o de cualquiera regulación en cifra numérica**, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos hace la plena prueba".

Ante un dictamen de esta clase; ante apreciaciones y conceptos emitidos por expertos tan competentes y distinguidos en forma tan convincente y acorde con la gravedad del caso **sub judice** y con todos los elementos que concurrieron a configurarlo en el proceso tanto en su aspecto científico, como en el legal y económico, el fallador carece de base para desestimarlo, y se le impone la necesidad de acogerlo como base de su decisión para obrar en consonancia con la norma establecida en en el precitado artículo 721 del Código de Procedimiento Civil, norma que, en tal caso, es de integral, ineludible aplicación y que, por tanto, no deja campo a ninguna interpretación o tesis jurisprudencial distinta —por oportuna que parezca—, porque dicha norma es tan clara en su tenor literal como en su espíritu.

El dictamen pericial de que se trata, ciñéndose al tenor de la parte petitoria de la demanda, abarcó, en forma global o sin discriminación, los perjuicios morales y materiales que el accidente causó al demandante, pero esta circunstancia no deprecia el mérito probatorio de tal dictamen, porque él contiene, en el presente

caso, en forma superabundante, clara y acorde, todos los elementos integrantes, fundamentos y apreciaciones necesarios para estructurar con acierto, el concepto y la dimensión —si así puede decirse— del daño de carácter moral y de carácter material sufrido por Acevedo Torres.

Si bien se examinan ese dictamen y las constancias del expediente, fácil es llegar a la conclusión de que el de este joven es uno de esos casos en que el perjuicio material suele estar tan estrechamente ligado al moral, de todo orden, o viceversa, que tanto de hecho como desde el punto de vista legal, uno y otro se confunden o forman una misma entidad procesal para los fines de su apreciación y de su regulación en cifra numérica.

De aquí que el dictamen de los peritos doctores Rico y Fischer no sea valedero solamente para determinar la simple incapacidad física o material (que se traduce en un daño patrimonial) de Acevedo Torres, sino que valga, igualmente, y por las mismas razones, ese dictamen, para acreditar el daño moral de todo orden, que tiene, así mismo, o debe tener, una completa expresión patrimonial también para que se restablezca, en la medida de lo posible, el equilibrio jurídico perturbado por el hecho civilmente ilícito que ocasionó la lesión en la integridad corporal y psíquica del actor.

Que es verdadera esta afirmación, se deduce claramente de la exposición de los citados peritos, cuando dicen lo siguiente:

"Hasta donde el examen clínico lo permite, el estado propiamente somático de los órganos y aparatos de don Luis Eduardo Acevedo Torres, es en extremo normal. No así el equilibrio de su sistema encéfalo-medular y, particularmente de su psiquismo. Porque, honorable señor magistrado, de resultas del gran choque emocional, del traumatismo conmocional y del golpe moral que el señor Acevedo sufriera como consecuencia del siniestro aéreo del cual su cuerpo y espíritu fueron parte integrante por así decirlo, ha quedado sensibilizado por una crónica Neurosis Traumática".

Como causas primarias y más remotas de la incapacidad de Acevedo Torres figuran las lesiones físicas que recibió el día del accidente; la causa más próxima de esa incapacidad es la neurosis traumática que le sobrevino como consecuencia de aquellas lesiones; y, a su vez, la incapacidad sobreviniente de esta clase de neurosis tiene una expresión clínica de carácter social inseparable que se traduce en una depreciación de la integridad física y psíquica de dicho señor, con la consiguiente repercusión en el terreno patrimonial por el lucro cesante que le resulta, tanto por la limitación de su actividad corporal, como por el constante choque emotivo que su deformidad le ocasiona.

El hecho de que los peritos no hayan dicho qué parte de la suma de cuarenta mil pesos corresponde a los perjuicios morales de todo orden y cuál a los materiales sufridos por el demandante, apenas es una consecuencia de la conexidad o de la estrecha e indisoluble relación resultante de las lesiones sufridas por Acevedo Torres tanto en la parte efectiva como en la puramente corporal de su ser.

No sobra manifestar aquí que, además de no haber sido objetado el dictamen de que se trata cuando se puso en conocimiento de las partes en conformidad con los artículos 719 y 720 del C. J., el señor procurador se expresó con relación a él del siguiente modo en su alegato ante esta superioridad, lo que corrobora su fuerza obligatoria para el fallador, según el artículo 366 ibidem:

"Tampoco encuentro reparo qué formular a las pruebas en general ni al dictamen de los expertos doctores Rico y Fischer, y defiero en este particular a vuestro recto y sabio criterio de supremos jueces".

Ponencia a cargo del magistrado doctor Cardoso Gaitán.

El peritazgo rendido en el juicio por los eminentes médicos psiquiatras doctores Edmundo Rico y Guillermo Fischer C. tiene dos partes que en opinión de la mayo-

ria de la sala hay que separar: una que se refiere al estudio científico, en el campo de la técnica que les es propia y que dominan los señores peritos, en que son reconocidos generalmente por la autoridad de sus opiniones, y en la que hacen un análisis de extraordinario interés y sobre el cual, en cuanto a su validez probatoria, hay unanimidad entre los magistrados que integran la sala, para reconocerle toda su eficacia; y una segunda parte, que ya no se refiere a aquellos aspectos tocantes con la personalidad del lesionado señor Luis Eduardo Acevedo Torres, considerada en sus manifestaciones psíquicas, intelectuales, orgánicas, funcionales, etc., sino que mira a la parte económica de la lesión, a la afectación patrimonial causada al demandante con motivo de las lesiones que recibió en el accidente de Santa Ana y las consecuencias que de ellas se derivan.

Todos los magistrados que forman la sala falladora están de acuerdo en considerar que el trabajo presentado por los señores peritos, en la primera de las partes a que se ha hecho mención, es un dictamen que pocas veces se allega a los procesos, por la erudición que demuestra, la claridad de los conceptos, la fuerza del raciocinio; y teniendo en cuenta todo ello, la sala estima que ese dictamen, en la parte referente al examen de la personalidad del demandante, reúne los requisitos de la ley procesal, por hallarse uniforme, y porque lo dan los peritos exponiendo su parecer, según su profesión, sin lugar a la menor duda, y como consecuencia de los hechos que fueron sometidos a su pericia. (Artículo 722 del C. J.).

Más no estiman lo propio los magistrados sentenciadores respecto al valor del dictamen en su segunda parte, en aquella que concreta numéricamente el daño. Pues a tiempo que el señor magistrado ponente doctor José M. Blanco Núñez considera, como se ha visto ya en la parte anterior de este fallo, que el avalúo hecho por los peritos en la cantidad de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) es legal, los demás magistrados se apartan de tan respetable opinión, por las razones que van a exponerse.

Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, —dice el artículo 721 del C. J.— el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba. No es pues lo mismo la apreciación pericial sobre hechos respecto de los cuales los expertos se pronuncian según sus conocimientos, por su profesión, como lo hicieron los doctores Rico y Fischer C., en la parte ya comentada, que cuando se pronuncian los peritos en punto tocante con avalúos o regulaciones en cifras numéricas; pues en este último caso, a diferencia del primero, además de ser uniforme el experticio para que valga como prueba, debe ser **explicado y debidamente fundamentado.** Fundamentado y explicado, en la materia a que se contrae, equivale a su fundamentación y explicación dentro del campo de las relaciones económicas o patrimoniales resultantes de los datos que suministran las demás pruebas aportadas al juicio. Una estimación global que no se halle debidamente fundamentada no es prueba. Y tal cosa ocurre con la parte del dictamen conducente a estimar y avaluar el quantum del daño en la cantidad de $ 40.000.00. En dicha parte carece el dictamen-avalúo de una debida fundamentación.

Para fundar debidamente una estimación de esta clase, y más concretamente, la que en el caso del presente juicio exprese el monto de la indemnización, es necesario, si se trata del daño moral objetivado y del daño material, puntualizar los elementos y factores en juego, de aquella especie económica, que sirvan para deducir de un modo preciso y concreto, o dentro de las posibilidades de cálculo admitidas para apreciar el daño futuro, cuál es ese monto seguro o probable a que asciende el perjuicio. Los señores peritos, después de sentar unas bases perfectamente claras sobre la calidad de las lesiones sufridas por el actor, avanzan una parte en el camino que conduce a la puntualización de los elementos constitu-

tivos y comprobatorios del daño económico, cuando estiman, con razones que la unanimidad de la Sala acoge, que la sanidad mental y física del lesionado, estudiada en él mismo y por parte de sus ascendientes, le asegura una vida de prolongada duración, que ellos calculan en la de sesenta años. Faltó en este punto, para completar esta base de cálculo, que los peritos le hubiesen agregado a su estimación personal y directa lo que para este caso resulte de la aplicación de las tablas sobre probabilidad de duración de la vida humana, que emplean las compañías aseguradoras, y teniendo en cuenta la edad del demandante al tiempo del dictamen.

Con esta base de cálculo, procedía el que los peritos hiciesen el cómputo del monto del perjuicio material y del moral objetivado, en lo que se refiere al lucro cesante, o sea la merma en la producción económica del lesionado. Y este cómputo tenía que basarse en los datos que resultasen evidentes de las pruebas traídas a los autos, acerca de la normal productividad económica de Acevedo Torres si éste no hubiese sufrido el accidente y la productividad a que ha quedado sometido después de él, para fijar de ese modo la merma o disminución en aquélla, o sea el lucro cesante. Y así mismo el daño emergente, que consiste en el detrimento anterior o actual causado al demandante en su patrimonio material y en el moral objetivado por obra de las lesiones que sufrió.

Esta pormenorización o detalle de los varios renglones que integran el daño moral objetivado y el material es indispensable para que pueda admitirse que un dictamen estimatorio de ellos se encuentra debidamente fundamentado. Una apreciación global, no discriminada, puede ser justa esencialmente, pero indudablemente es arbitraria en su aspecto formal y comprobatorio, el que desde luego que se trata de una estimación de un daño que por su naturaleza es susceptible de acreditarse, exige o requiere por lo mismo tal comprobación.

No ocurre lo propio cuando se trata del daño moral subjetivo, el que por su naturaleza no permite evaluación económica y comprobación procesal. Atendiendo principalmente a este motivo, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, con el salvamento ulterior en este punto del señor Magistrado doctor José M. Blanco Núñez, sentó y ha venido sustentando la tesis jurisprudencial, con la cual ha estado también de acuerdo la Sala de Casación Civil, que aquel daño moral no objetivado no puede ser objeto de avalúo ni de indemnización compensatoria que acreciente el patrimonio económico de la persona lesionada, y que en este evento cumple aplicar una norma de legislación positiva colombiana, el artículo 95 del Código Penal, que permite al juez fijar prudencialmente una suma hasta de dos mil pesos por concepto del daño que no puede ser estimado por medio de avalúo de peritos.

El dictamen rendido en el presente pleito adolece además, por lo que acaba de expresarse, del defecto de incluír en la estimación numérica a un mismo tiempo, como allí se dice, el valor del perjuicio moral y el del material, sin hacer sobre los dos daños la distinción necesaria. Tal confusión entre el daño moral y el material, en la forma que la contiene el experticio traído al proceso, es contraria a los principios que fijan las calidades distintivas entre las dos especies de daños y sobre los cuales la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha pronunciado recientemente, en ya múltiples y reiteradas oportunidades. Esta razón impone también, en el parecer de la mayoría de la Sala, la desestimación del dictamen en cuanto en él pueda estar comprendido el avalúo del daño moral subjetivo. separándose con pena de la opinión del señor Magistrado doctor Blanco Núñez, expresada en el particular en estos términos:

"Si bien se examinan el dictamen y las constancias del expediente, fácil es llegar a la conclusión de que el de este joven es uno de esos casos en que el perjuicio material suele estar tan estrechamente ligado al moral de todo orden, o viceversa,

que tanto de hecho como desde el punto de vista legal, uno y otro se confunden o forman una misma entidad procesal para los fines de su apreciación y de su regulación en cifra numérica. De aquí que el dictamen de los peritos doctores Rico y Fischer no sea valedero solamente para determinar la simple incapacidad física o material (que se traduce en un daño patrimonial) de Acevedo Torres, sino que valga igualmente, y por las mismas razones, ese dictamen, para acreditar el daño moral, de todo orden, que tiene así mismo, o debe tener, una completa expresión patrimonial también para que se restablezca, en la medida de lo posible, el equilibrio jurídico perturbado por el hecho civilmente ilícito que ocasionó la lesión en la integridad corporal y psíquica del actor..... El hecho de que los peritos no hayan dicho quĕ parte de la suma de cuarenta mil pesos corresponde a los perjuicios morales de todo orden y cuál a los materiales sufridos por el demandante, apenas es una consecuencia de la conexidad o de la estrecha e indisoluble relación resultante de las lesiones sufridas por Acevedo Torres tanto en la parte afectiva como en la puramente corporal de su sér".

Que el daño moral subjetivo, el objetivado y el material se confunden y forman una misma entidad procesal para los fines de su apreciación, es concepto del señor Magistrado doctor Blanco Núñez que tiene su fundamento en otras apreciaciones que él ha hecho al salvar su voto en algunas decisiones de esta Sala. El respeto que le merece a los otros Magistrados que la forman el parecer, también reiterado, de tan distinguido colega, y la importancia del asunto jurídico sobre el cual se concreta la discrepancia entre los puntos de vista sustentados por él y los que viene sosteniendo la mayoría de la Sala, han llevado a esta última a hacer un estudio atento y en detalle de cada una de las observaciones consignadas por el señor Magistrado doctor Blanco Núñez en sus salvamentos de voto, estudio que es oportuno incorporar en esta providencia, en la que desafortunadamente se ha puesto de manifiesto la disparidad de apreciación de los Magistrados, con consecuencias en el fallo que aquí se profiere, emanadas de la distinta apreciación que hacen ellos del dictamen aducido como avalúo del perjuicio causado al actor. Y como el solo examen de los reparos del Magistrado que motivan su disentimiento, sería incompleto, si al mismo tiempo no se presenta en su totalidad el pensamiento mayoritario, se hace preciso recoger también aquí, de otros fallos anteriores, las razones que informan su jurisprudencia en la parte concerniente a la cuestión de que se trata, para después considerar las glosas que a ella se formulan y las observaciones que a la mayoría de la Sala le merecen.

Perjuicios morales

La ley civil previene que el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización. Daño es toda lesión en el patrimonio, éste comprende bienes materiales y morales, derechos patrimoniales propiamente dichos y derechos extrapatrimoniales. Cualesquiera que sean los derechos que ese daño afecte, procede la acción de responsabilidad civil.

No han estado de acuerdo los expositores de derecho acerca de la posibilidad jurídica de reparar o compensar económicamente el daño moral subjetivo. Hay jurisprudencia de tribunales franceses que consagran la reparación pecuniaria compensatoria del dolor de afección, el **pretium doloris.** Más si se busca una explicación doctrinaria en los autores que comentan la materia y que se refieren a esos fallos jurisprudenciales, resulta, o bien, que al defender esa tesis presentan argumentos que comprenden a un mismo tiempo las dos especies del daño moral, el subjetivo y el objetivado, o bien, que por sus razonamientos no demuestran haberse detenido a espacio en la parte esencial del problema.

Colin y Capitant forman en el primer grupo y dicen, replicando a quienes pro-

testan por el reconocimiento de una reparación pecuniaria en razón de daños morales, por resultar arbitraria su estimación en dinero, que no niegan el fundamento de la crítica, pero que les parece más chocante que ninguna reparación pueda darse por la perturbación moral que haya experimentado la víctima, y citan los artículos 45 y 47 del Código suizo de las obligaciones, que conceden expresamente el derecho a indemnización por el dolor de afección, disponiendo que si "a consecuencia de la muerte de la víctima quedan otras personas privadas de su sostén, hay que indemnizarlas también de esta pérdida" (artículo 45), y que (artículo 47) "el Juez puede, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, conceder a la víctima de las lesiones corporales, o, en caso de muerte de un hombre, a la familia, una indemnización equitativa a título de reparación moral". Observa la mayoría de la Sala que estos preceptos, mencionados como fundamento a reclamar indemnización por el dolor de afección, y los autores que los citan, parecen referirse evidentemente al daño moral de afección, pero en cuanto ese daño se objetiva, puesto que se habla allí del caso en que unas personas quedan **"privadas de sostén"**, por la muerte de otra, relación ésta de carácter patrimonial, que no es daño moral subjetivo sino objetivado.

Entre los autores que tratan concretamente del daño moral subjetivo están Josserand, Planiol y Ripert, los hermanos Mazeaud. El primero afirma que el concepto de culpa delictual no da lugar a discutir según la naturaleza del daño que por culpa se ocasione, es decir que en todos los casos debe repararse el perjuicio, y que si los reclamados por los parientes de la víctima que ha perecido en un accidente no son la exacta representación del dolor que aquéllos experimentaron, son al menos una contrapartida aproximada que tiene el carácter de una satisfacción, más bien que una compensación. Planiol y Ripert expresan: "La dificultad de apreciación del daño tampoco es razón poderosa para negar la indemnización; tropezamos con ella muchas veces en materia de perjuicios materiales y sin embargo la jurisprudencia ha afirmado desde hace tiempo que eso no justifica el declarar sin lugar la demanda". Los hermanos Mazeaud no ven inconveniente, a falta de cosa más adecuada, en que se repare con dinero el dolor moral de un padre privado de su hijo o el del esposo burlado, pues el dinero es un equivalente apropiado para que la víctima le dé la inversión que le plazca.

La Corte Suprema de Justicia colombiana también declaró, en fallo pronunciado el 21 de julio de 1922, por su Sala de Casación, y que se ha hecho célebre por las constantes citas que a él hace la jurisprudencia ulterior, lo siguiente: "El hecho de que en muchosos casos sea difícil determinar el **quantum** de la reparación de un daño moral, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo, aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluír que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, cuando quiera que su infracción escapara a la acción de las leyes penales". (Jurisprudencia de la Corte, Tomo III, número 2932).

Refiriéndose al daño moral el notable expositor Georges Ripert, en su obra "La régle moral dans les obligationes civiles", edición de 1935, se expresa así: "No hay hoy ninguna duda en la jurisprudencia sobre el principio de la reparación del perjuicio moral. Los contornos de la teoría permanecen imprecisos, aunque con la norma de que es necesaria la reparación".

Sin embargo, el propio autor, admitiendo, como otros expositores admiten, que es inobjetable en principio la reparación del daño moral subjetivo, parece manifestarse contra ella en estos términos:

"El daño moral resulta en realidad de la receptividad de la víctima. Es su sensibilidad la que lo determina. Un estoico de corazón duro no sufrirá por la muerte de un pariente; un amigo de corazón, experimenta un dolor extremo con la muerte de un amigo. Es por esto por lo que el

número de víctimas en el daño moral es ilimitado; cada uno se cree víctima. La jurisprudencia se ha hallado en presencia de este problema a propósito del daño causado por la muerte y consistente en el ataque a los sentimientos de afección. Se ha encontrado seriamente embarazada. Si la pena experimentada constituye un daño que puede ser reparado por la indemnización, va a ser indispensable conceder reparación a todos los que sufran con la muerte e invitarlos a fijar ellos mismos la cifra que les parezca una suficiente compensación a su dolor.... Pero sería profundamente inmoral decir que el que ha sido atacado en sus sentimientos se consolara de ese ataque gracias a la indemnización que recibiera". (Obra citada, números 181 y 182).

Para la mayoría de la Sala las expresiones de Ripert traducen su pensamiento y son las que a su juicio se acercan más a la solución de este intrincado problema filosófico-jurídico.

Hay en torno al daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de él en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse **perjuicios morales objetivados**; y otros que son indeterminados e indeterminables, inasibles y abstractos, **perjuicios morales no susceptibles de objetivación.**

El daño moral es la lesión del patrimonio intrínsecamente moral, en que se comprende la parte afectiva, los afectos, el amor en la familia; y la parte social del patrimonio moral, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales.

La injuria al sentimiento del amor filial o al del honor puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y perjuicios morales objetivados. El hijo de un hombre que muere en un accidente experimenta el dolor o la pena natural a la privación del afecto de su progenitor, pena subjetiva, psíquica, no objetivable; pero además puede sufrir, como consecuencia de su estado aflictivo o depresivo, una merma o disminución en sus facultades o aptitudes para el trabajo que reduzcan su esfuerzo y afecten consecuencialmente su patrimonio material. El comerciante que pierde su reputación sufre una pena psíquica por la misma causa, daño inestimable pecuniariamente, y puede también recibir un daño moral que se manifiesta objetivamente en los menores rendimientos de su negocio, debidos a su inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo, y en la baja de sus entradas, porque la pérdida del crédito le trastorna el negocio.

Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que le comunica su naturaleza propia al daño, no la circunstancia de que éste pueda tener una manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral, hay daño moral; si los del patrimonio material, existe el daño de esta clase. Si se vulneran bienes inmateriales, intrínsecos, inherentes a la persona humana, se produce el daño moral; si se lesionan bienes extrínsecos, no inherentes a ella, se causa el daño material. De donde se infiere que la objetivación del daño moral, en cuanto puede hacerse para darle realidad procesal-jurídica, esto es, en sus manifestaciones materiales, constituye daño moral y no daño material. La enfermedad proveniente de la pena ocasionada por un ataque al sentimiento de afección, y la depresión psíquica con el mismo origen y que produce inhibición para el trabajo, que consecuencialmente afectan el patrimonio material, son daño moral objetivado, manifestaciones o afectos materiales de aquél, porque se derivan de una lesión en un bien perteneciente al patrimonio moral. El perjuicio considerado en toda la gama consecuencial del daño moral es perjuicio moral aunque se presente en forma objetivada.

El daño moral objetivado puede fácilmente repararse. Tal cosa ocurre con el perjuicio inferido a una persona en su patrimonio por la pérdida de su crédito, causada por la difamación; dicho daño es tangible, estimable con relativa facilidad, concretable en cifras numéricas. Pero no

puede decirse lo propio del daño moral no objetivado.

Tales diferencias, en lo tocante a la reparación del daño moral, sugieren e imponen conclusiones diversas, según el género del perjuicio, subjetivo u objetivo.

Las repercusiones objetivas del daño moral, el daño moral objetivado, han de indemnizarse aplicándoles las normas que regula la fijación y resarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio moral se objetive y concrete económicamente y por esa vía se llegue a la reparación debida. En dicha categoría cabe la mayor parte del daño moral, y por el procedimiento aquí señalado puede alcanzarse su reparación.

Hasta aquí el campo recorrido para la determinación del daño moral es cierto, seguro y no arbitrario.

Mas no sucede lo mismo cuando se trata del daño moral no objetivado. En él se contempla un perjuicio puramente subjetivo: es la pena misma, el dolor, el sufrimiento lo que se considera; pues si se mira a sus consecuencias en el orden material, entonces ya el daño moral subjetivo se vuelve objetivado.

No puede negarse que en las hipótesis ya vista, de la injuria al honor del comerciante y de la muerte de un hombre, hay un daño de naturaleza subjetiva, el del dolor o la pena causados a la persona que sufre la difamación o a los deudos de quien perece en el accidente. A ese daño, que ataca el sentimiento del honor o el sentimiento de afección, cabe bien aplicar las observaciones hechas por Ripert, adecuadas e inobjetables cuando se trata de este género de daño moral. Si se quisiera medir tal pena para avaluarla, habría que llegar, como único medio para lograrlo, a la libre y arbitraria apreciación del presunto lesionado, que es quien puede decir la intensidad de su dolor. Cualquiera otra intervención dirigida a alcanzar ese objetivo es ineficaz, porque es imposible someter a una escala de medida la personalidad psicológica de los agentes receptores del perjuicio moral.

Este daño moral no objetivado, inasible por su naturaleza, no puede reducirse a cifras, ni traducirse pecuniariamente, si no se quiere caer en la más completa arbitrariedad. Por esta razón no son valederas las que pretenden sustentar y explicar una jurisprudencia que en Francia deja ilimitadamente al arbitrio de los jueces la fijación del perjuicio moral subjetivo. Tal perjuicio no se puede dejar al arbitrio judicial, en la esperanza que parece ha sido la que fundamenta ese sistema, de que el juez pueda, apreciando las circunstancias propias de cada caso, hacer la determinación de aquel daño sin limitación alguna y fijar el monto de la indemnización correspondiente. Se cree posiblemente que dejando a los jueces semejante misión así tan extensa, para que no la tengan los peritos, aquéllos en su prudencia pueden encontrar la forma de llegar a una equitativa reparación. Sin embargo, debe desecharse tal propósito, pues no siendo posible someter a medida alguna la lesión subjetiva, en sí misma, en su entidad intrínseca, porque ello pertenece al dominio de lo inasible, no hay por qué pensar que un juez, asumiendo la función de los peritos, pudiese estimar, con las bases propias de un dictamen pericial, que siempre son objetivas, la intensidad de la pena o el dolor del agente que recibe el daño, para medirla, graduarla y fijar su estimación en cifras que concreten el avalúo del perjuicio.

En la zona del daño puramente subjetivo la reparación no se realiza completamente, porque es imposible alcanzarla, porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque los afectos de amor en la familia y la estimación social y pública no son artículos de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por una lesión emanada de esta clase de daño. Admitir el **pretium doloris** para compensarlo económicamente, como daño moral subjetivo, es aceptar un absurdo moral y jurídico.

Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así la llaman Josserand y Demogue, pero que

es más bien la necesaria afirmación de la injusticia cometida, al quebrantarse un derecho ajeno, que la indemnización civil del daño. "Nuestro sistema permite así fácilmente evitar —dice Demogue— que el debate tome el carácter de un regateo del honor y del afecto, puesto que se trata de reaccionar contra el acto dañoso y en manera alguna de hacerlo desaparecer con una compensación". (Traité des Obligations en General, par René Demogue", tomo IV, número 409 y 411).

Ni cabe afirmar, como lo hace el propio Josserand, cuando dice, refiriéndose al daño moral subjetivo, que si los perjuicios avaluados no son la exacta representación del dolor, "son al menos una contrapartida aproximada"; ni que la dificultad de apreciación del daño tampoco justifica el que se declare sin lugar la demanda, como lo anota Planiol; ni que—como se dijo en la sentencia de 1922 ya citada"—el hecho de que en muchos casos sea difícil determinar el **quantum** de la reparación de un daño moral... no puede ser óbice para fijarlo, aunque sea aproximadamente"; pues las consideraciones que aquí se han hecho, sobre la naturaleza del perjuicio moral subjetivo y la imposibilidad de medirlo económicamente, ponen de manifiesto que es equivocada la tesis conforme a la cual se pretende conceder o reconocer "una contrapartida aproximada", o fijar aproximadamente el daño de esta clase, porque no puede decirse con fundamento que una suma de dinero **se aproxime** al monto de una justa reparación, cuando se desconocen por completo los contornos que encierran ese daño, si se contempla en su pretendido valor económico. Es imposible aproximarse al daño para fijar la indemnización, porque el daño no se conoce.

Tal criterio de la **satisfacción** por el daño moral es el que se halla consagrado o previsto por 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 fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos", parte de la base de la imposibilidad que existe de reconocer una indemnización completa del perjuicio, que no podría darla el dictamen de terceros, sino la estimación del lesionado. En el orden material el perjuicio se avalúa mediante un criterio general y humano; en el subjetivo, para que la reparación fuese aceptada, debería basarse en la estimación del perjudicado. Pero si ésta rigiese, el **quantum** de la indemnización sería el que por aquél se señalase, lo que es inadmisible. Como la reparación no puede alcanzarse aplicando las reglas ordinarias para fijar su monto, se pronuncia la justicia ordenando una satisfacción, como se ha expresado, o haciendo la simple afirmación del quebrantamiento del derecho. Y por ser procedente la **satisfacción** de que se habla, y no la reparación común establecida en la ley civil como norma para todos los daños, el concepto de modicidad de la suma que ha de entregarse, según la ley mencionada, es acertado. "Dándose la indemnización del daño moral a título de **satisfacción,** o de **afirmación** de parte de la justicia del derecho vulnerado, la cuantía de ella desempeña un papel secundario". (**Gaceta Judicial**, Tomo LI, página 471).

Las apreciaciones que en esta sentencia se han hecho respecto al daño moral y que aparecen en fallos de esta misma Sala dictados el 23 de abril de 1941, con la ponencia de cada uno de los magistrados que entonces la integraban, fueron acogidas como doctrina por la Sala de Casación Civil en sentencia del veinte de junio del mismo dicho año, y reiteradas posteriormente en otras decisiones de ambas Salas. (**Gaceta Judicial**, tomo LI, páginas 292, 424, 437 y 457).

Examen de los reparos del señor Magistrado doctor Blanco Núñez a la doctrina anterior sobre daño moral y su reparación

Los reparos a que antes se aludió del señor Magistrado doctor Blanco Núñez a la tesis sobre daño moral y su reparación, que viene sustentando la Sala de Nego-

cios Generales, fueron aducidos ampliamente como salvamentos de voto a las sentencias de 3 y 14 de marzo de 1942, en los juicios de Nur Chaljub de Name y Arturo Valencia Arboleda contra la Nación (Gaceta Judicial 1981). Allí se hallan consignadas las razones muy interesantes de disentimiento del señor Magistrado doctor Blanco Núñez, ya enunciadas, y que por ser ahora oportuno entra a examinar la mayoría de la Sala.

Del salvamento de voto en la primera de las sentencias mencionadas se destacan estas conclusiones de su autor:

"1ª Que por la infracción de carácter penal de que resulten daños o perjuicios se condenará a los responsables a la indemnización íntegra, total, 'DE TODOS' los perjuicios que se hayan causado, lo que constituye un principio semejante al que rige en materia civil acerca de que en la avaluación del perjuicio, no puede entrar como unidad de medida ninguna otra consideración distinta del perjuicio mismo en su realidad probatoria cuantitativa y cualitativa.

"2ª Que las disposiciones comunes a todos los juicios, contenidas en el Código de Procedimiento Civil son aplicables al Procedimiento Penal, en cuanto no se opongan a las disposiciones especiales de éste.

"3ª Que ni el juez de lo civil ni el juez de lo penal pueden prescindir, de plano, de que siga previamente el concepto de los peritos cuando quiera que esta clase de prueba se exija, como se exige necesariamente, cuando se trata de **avalúos de esta clase.**

"El artículo 256 del Código de Procedimiento Penal dice así en su inciso primero: 'Cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o **exija avalúos**, el juez o funcionario de instrucción decretarán la prueba pericial'.

"El inciso 2º del mismo artículo expresa cuándo no se admite la prueba pericial:

'No es admisible —dice —la prueba pericial para establecer el carácter habitual o profesional del delincuente, ni la tendencia a delinquir, ni el carácter o la personalidad del procesado, ni, en general, las condiciones psíquicas independientes de causas patológicas'.

"4ª Que en el juicio criminal deben intervenir peritos para avaluar los perjuicios morales de todo orden, lo corrobora asímismo el artículo 144 ib. cuando exige que en el escrito de demanda quien pretenda constituírse en el proceso penal parte civil consigne en dicho escrito 'Los perjuicios de orden moral que se hubieren causado y **la cuantía en que se estima** la indemnización de los mismos'.

"Y, por su parte, el art. 721 del Código de Procedimiento Civil dice que 'Cuando se trata de **avalúos o de cualquiera regulación en cifra numérica,** el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos **peritos** hace plena prueba'.

"La doctrina que de plano rechaza o no hace admisible la intervención de peritos para avaluar el daño moral 'subjetivo' me parece que es contraria a estas disposiciones sobre Procedimiento Civil y Penal y a la del mismo artículo 95 del Código Penal, que, según se vio, presume que sí es susceptible de avaluarse pecuniariamente el daño moral (de toda clase, puesto que no distingue), y que sólo deja la regulación o **arbitrio judice**, sin pasar de dos mil pesos, cuando no ha sido 'fácil o posible' avaluar pecuniariamente tal daño —pericialmente, se entiende— como se vio también por el artículo 256 del Código de Procedimiento Penal, que se deja copiado ya.

"Parece que está de más agregar que en el caso del art. 95 del C. P., si se da cabida a la requerida prueba de peritos y estos señalan como monto por la reparación por el daño moral de todo orden, una cantidad superior a dos mil pesos, aquella cantidad superior será la que el juez debe acoger, a menos que el dictamen se descalifique por él como desacertado, en los términos que lo requieren el artículo 268 del mismo Código y los artículos 721 y 723 del Código de Procedimiento Civil.

"Que el artículo 93 del C. Penal no ex-

cluye, cuando sea el caso, la estimación de los perjuicios morales de todo orden por suma mayor de dos mil pesos, no sólo se desprende de su mismo texto, sino que, además, así lo confirma el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal cuando expresa lo siguiente:

'La sentencia ejecutoriada proferida en juicio penal prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles para obtener el pago de la indemnización de perjuicios.

'Pero si el perjudicado por la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización, podrá ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil. El que iniciare en esta forma la acción civil, no podrá pedir la ejecución de la sentencia penal en lo tocante a la indemnización'.

"De otro lado, el artículo 26 del mismo Código, dice así: 'La condición exigida por el Código Penal para reparar **efectivamente** los perjuicios ocasionados por la infracción para conceder la condena o la libertad condicionales, sólo podrá imponerse cuando se haya fijado la cuantía de la indemnización y el perjudicado **hubiere aceptado dicha indemnización.** . .

'Igual norma se aplicará cuando se concede el perdón judicial'.

"Estas disposiciones están diciendo claramente que no es forzoso para el interesado aceptar la cuantía en que se haya estimado los perjuicios de toda clase en el juicio penal, y que él podrá pedir ante los jueces civiles competentes la reparación **total** del daño que sufrió, por una suma mayor de la señalada en el proceso penal.

"No habría, pues, así cosa juzgada para él. Pero al mismo tiempo que esto pasaría en el proceso penal, con evidente resultado favorable para el perjudicado, tendríamos que en un juicio de carácter civil se haría de peor condición a esa misma persona, pues con la misma disposición de carácter penal —el artículo 95 del C. P.— aplicada en ese juicio civil por medio de sentencia definitiva que sí haría tránsito a cosa juzgada, no se le dejaría ya derecho a reclamar suma mayor de los dos mil pesos a que se refiere este artículo, ni tendría ese interesado ocasión en tal juicio de comprobarlo, porque se le diría que esos perjuicios no pueden ser estimados pericialmente ni en más de dos mil pesos de que trata dicho artículo.

"Por este otro aspecto, igualmente me parece que es claro por qué no es conveniente traer como norma **obligatoria** a la zona de lo puramente civil en los juicios sobre indemnización de perjuicios por culpa contractual o extracontractual, una disposición como la del artículo 95 del Código Penal, la cual no tiende a reparar o a satisfacer **en su totalidad** o cumplidamente como es de rigor, el **quantum** del daño moral ocasionado, sino únicamente a poner a cargo del delincuente una suma parcial, quizá simbólica, para que nunca se quede sin esta clase de sanción el acto criminoso por el aspecto del daño moral causado, cuando por medio de peritos se haya establecido previamente que no es fácil o posible fijar la cantidad respectiva de la **totalidad** de la indemnización debida por esa clase de daño.

"Los artículos 25 y 26 del Código de Procedimiento Penal que quedan ya citados, confirman ampliamente la no obligatoriedad de la condenación pecuniaria en estos casos, a menos que el interesado la haya aceptado en el respectivo juicio por estimar que cubre **en su totalidad** el perjuicio que se le ocasionó.

"Si el daño moral **subjetivo** 'resulta en realidad de la receptividad de la víctima', como la receptividad sensorial de una persona difiere notablemente de la de otra, y aun puede dejar de existir total o parcialmente según su constitución fisiológica, según el temperamento, según el grado de cultura, según las condiciones del medio ambiente en que viva, etc., cómo puede el juez **medir** el grado de receptividad sensorial de esa persona para asegurarse acerca de la intensidad del choque emotivo que en su ánimo produjo la lesión o daño de carácter moral, y para

concederle, en proporción, como indemnización, como reparación, como satisfacción por el daño moral sufrido, determinada parte de los dos mil pesos que como máximo señala el artículo 95 del Código Penal?

"Qué criterio, qué norma, qué unidad de medida adopta el fallador para saber que la receptividad sensorial del interesado exige determinada cantidad de los dos mil pesos señalados, o, viceversa, que la suma asignada, dentro de ese máximo es la que corresponde en proporción del eco o de la vibración dolorosa —valga la frase— que en el campo emotivo de la víctima produjo el acto ilícito de un tercero?

"Decir que, precisamente, por esa dificultad de avaluar pecuniariamente el daño moral subjetivo se deja al arbitrio del juez resolver el problema, es no darle solución a éste en el fondo, pues qué otra cosa hace el juez sino **estimar, avaluar en dinero** el perjuicio de que se trata cuando concede a la víctima cualquiera suma dentro de la máxima de los dos mil pesos a que se refiere el artículo 95 del Código Penal?

"Otra cosa sería si ese artículo estuviera redactado así, simplemente: 'Con respecto al daño moral que el delito haya causado, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos'.

"O, de esta manera: 'Cuando se trate de daño que no sea fácil o posible avaluar pecuniariamente como el daño moral subjetivo, podrá fijar el juez prudencialmente..., etc., etc.'

"Pero como lo hemos visto, no es en estos términos como está redactado ese artículo, sino en otros muy distintos que hacen pensar que para el legislador no siempre es difícil o imposible que se avalúe pecuniariamente por peritos el daño moral, de toda clase, desde luego que no se distingue entre la naturaleza o carácter de tal daño".

Del salvamento del segundo de los fallos aludidos son estos pasajes:

"Entiendo que la cita y la aplicación que de ese artículo hace el fallo a un asunto como éste, de carácter civil, no pueden ser más que por vía puramente analógica; aunque, a mi juicio, no parece que pueda recurrirse a esa vía habiendo, como hay en los Códigos Civil y de Procedimiento de esta clase, disposiciones que resuelven el caso con suficiente claridad y eficacia.

"Pero, además, me parece que se parte, para haber establecido esta doctrina, de una base que, si bien pudiera no ser equivocada en determinados casos, sí me parece que lo es en cuanto generalizando y de modo prematuro, asienta el fallador que el perjuicio moral 'no objetivado', no puede ser avaluado por peritos porque es 'inasible', 'indeterminado' e 'indeterminable'.

"Estimando, como estimo, que no es a **priori** como pueda darse por el juzgador una calificación de esa clase al perjuicio al cual le da el nombre de 'subjetivo', estimo, igualmente, que sería prematuro que entrara ahora en el análisis de si es o no fundado ese concepto o esa noción que la mayoría de la Sala tiene con respecto al perjuicio de que se trata. Para ser consecuente con lo que propongo apuntar ligeramente a continuación, tal análisis debe estar reservado para cuando fuera el momento de apreciar el mérito probatorio del dictamen que por medio de peritos se hubiera emitido sobre esta cuestión.

"En efecto, considero que como nuestro sistema procesal no da margen al arbitrio judicial, sino de manera **subsidiaria**, y esto, en casos muy limitados y expresamente señalados, el fallador no puede hacer una declaración de esta clase, mientras préviamente no aparezca de autos que la prueba principal — que aquí sería la de peritos — ha fallado, ha fracasado sobre este punto, por haber dictaminado aquellos que les ha sido **'difícil e imposible'** avaluar el perjuicio moral 'subjetivo', por haber sido descalificado, por indebidamente fundamentado, el dictamen pericial.

"Esto es lo que para caso de **delitos**, se desprendería del artículo 95 del Código Penal cuando dice:

'**Cuando no fuere fácil o posible** —se subraya — avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el **delito** —se subraya— podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos'.

"Como se ve, este artículo admite la posibilidad de avaluar en dinero el daño moral, el objetivo y el subjetivo, desde luego que el artículo no distingue entre uno y otro.

. . . . . .

"La doctrina que de pleno rechaza o no hace admisible la intervención de peritos para avaluar el daño moral 'subjetivo', me parece que es contraria a estas disposiciones sobre procedimientos civiles y penales y al mismo artículo 95 del Código Penal que, según se vio, presume que si es susceptible de avaluarse pecuniariamente el daño moral (de toda clase, puesto que no distingue) y que sólo deja la regulación a **arbitrio judice**, sin pasar de dos mil pesos, cuando 'no ha sido fácil o posible' avaluar pecuniariamente tal daño pericialmente se entiende, como se vio también por el artículo 256 del Código de Procedimiento Penal, que se deja copiado ya".

Se observa:

El interesante estudio contenido en las trascripciones que preceden se halla dirigido a demostrar, como es evidente, que existen disposiciones de la legislación civil y penal, sustantivas y de procedimiento, según las cuales el daño o perjuicio debe ser **avaluado**, bien sea por peritos, o en defecto de éstos, por el juez. Sin negar que ello es así, en virtud de los preceptos citados, hay consideraciones que sin contrariar la interpretación racional, y por ende jurídica, de tales normas, imponen la deducción, sacada del análisis de los textos aludidos, tomados no únicamente en su letra, sino por su sentido jurídico y su finalidad, de que deben aplicarse en forma distinta, teniendo en cuenta la realidad que contemplan y sobre la cual les toca actuar. Hablando en términos de síntesis, y sin perjuicio de ir al detalle un poco más adelante sobre los varios argumentos que se aducen en contrario, es indispensable afirmar que aun aceptando la vigencia de todos los preceptos a que se ha hecho alusión y aplicándolos, de cualquier modo que sea, con la intervención de peritos o sin ella, siempre se llega a concluír que el daño moral subjetivo no puede avaluarse. Conclusión ésta que no ha de pasar inadvertida y que constituye una norma obligatoria en la interpretación de la ley y en su aplicación. Si aunque la ley, sin distingos, admite la posibilidad de avaluar toda clase de daño, el material y el moral, y dentro de esta última categoría, el moral subjetivo, la realidad innegable es otra, a saber, la de que respecto del daño intrínsecamente moral no cabe el avalúo; en la práctica, en el hecho, esas reglas sobre avalúo, en lo que concierne al daño moral subjetivo, no operan. Llévese a sus extremos la aplicación formal de la ley, que prevé el avalúo para todos los casos, y sin embargo el avalúo no podrá hacerse respecto del daño moral subjetivo, porque éste no es susceptible de recibirlo.

Por qué sobreponerse a esa realidad, haciendo que se produzcan avalúos inútiles, ineficaces, que siempre y necesariamente habrán de ser infundados?

Se dirá acaso que porque la ley así lo tiene establecido, lo que no parece ser una razón suficiente. La existencia de la ley, redactada en la forma en que lo fue, se explica talvez porque la jurisprudencia, que generalmente ilustra las decisiones o normas que consignan las leyes, no había hecho el distingo que ahora hace, entre las distintas clases de daño moral. Antes de expedirse el Código Penal vigente tal distinción no había sido hecha por la jurisprudencia, que apenas la consagra en recientes decisiones.

Es cierto que el artículo 95 del Código Penal "admite la posibilidad de avaluar en dinero el daño moral, el objetivo y el subjetivo, desde luego que el artículo no

distingue entre uno y otro". Pero esa disposición prevé asímismo el caso en que **"no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado"**. Siendo evidente, como lo es, que los casos todos de daño moral subjetivo son de imposible evaluación pecuniaria, por su misma naturaleza, al reconocer ese hecho, la Corte simplemente se coloca dentro del presupuesto del artículo 95 citado, que faculta al juez para fijar en su prudente arbitrio la indemnización que corresponda **cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño.**

Pero no obstante lo dicho, si la norma positiva consignada en el artículo 95 del C. P. no existiese, la jurisprudencia debería ser la misma. La aplicación del derecho no es tan sólo la de la ley escrita; la función de los jueces no se limita a aplicar los preceptos del derecho positivo formalmente considerados; su misión es más alta, no únicamente la de aplicar la ley sino la de aplicar el derecho. Los principios que informan las reglas del derecho escrito debe conjugarlos el juez con sus textos formales para dar a éstos adecuado desarrollo en su contenido y su finalidad. En el presente caso, hay que considerar que el legislador mismo, si hubiera contemplado la distinción entre el daño moral subjetivo y el objetivo, no habría ordenado —porque no podía hacerlo racionalmente— que en los procedimientos para fijar el quantum de las indemnizaciones se avaluara por los peritos o por el juez el primero de aquellos daños, el subjetivo moral. No es cuerdo pensar que el legislador, consciente de su disposición, estableciera un ordenamiento que rechaza la lógica y que no admite el hecho jurídico que trata de regularse.

Sobre la imposibilidad jurídica de avaluar el daño moral subjetivo dijo la Sala de Casación de la Corte, en sentencia de veintiuno de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, lo que sigue, acorde con lo ya expuesto en las presentes observaciones:

"Espaciosamente ha expresado esta Sala en su precitada sentencia del 20 de junio retropróximo, lo mismo que en la de Negocios Generales en tres fallos del mes de abril de este año, los argumentos y razones de doctrina en que ha apoyado su solución jurisprudencial de que el perjuicio moral de afección representado exclusivamente por un quebranto espiritual, no es susceptible por su propia naturaleza de una avaluación en dinero, de tal forma que en los procesos en que se persiga su reparación civil no es posible usar de los medios ordinarios que ofrece el derecho probatorio para establecer el daño emergente y el lucro cesante, factores integrantes del concepto de indemnización, como sucede en los demás casos en que se busca la efectividad de la responsabilidad civil. La prueba pericial, destinada por la ley para la comprobación de hechos que exijan conocimientos y prácticas especiales (artículo 705, C. J.) es medio probatorio inaceptable, prueba legalmente ineficaz para demostrar o establecer una cosa en realidad imposible de acreditar como es la equivalencia monetaria de un dolor de afección". (**Gaceta Judicial**, Tomo LII, páginas 211 y 212).

Véanse ahora especialmente algunas observaciones sobre puntos tratados de modo concreto en los salvamentos de voto a que se ha hecho referencia.

1. Que la indemnización debe ser "íntegra, total, de **todos** los perjuicios que se hayan causado", con lo que parece sugerirse el reparo de que quedan por fuera los perjuicios morales subjetivos, ya que éstos no pueden avaluarse. La respuesta es obvia: se avalúan **todos los perjuicios susceptibles de ser avaluados**; los que no pueden serlo es imposible lo sean, así se emplee cualquier procedimiento para lograrlo.

2. Se acepta que las disposiciones comunes a todos los juicios, contenidas en el código de procedimiento civil son aplicables al procedimiento penal. Eso se ha dicho al comienzo de estas observaciones.

3. También se admite que existen disposiciones legales que ordenan la práctica de avalúos para fijar el monto del daño. Pero ya se ha dicho que tales precep-

tos deben entenderse dentro de un orden razonable, y no admitir, porque ha de desecharse por absurdo, que esas disposiciones ordenen la práctica de avalúos imposibles, como serían los que se refiriesen al daño moral subjetivo.

4. Evidentemente los artículos 114 y 256 del Código de Procedimiento Penal y el 721 del de Procedimiento Civil prescriben la práctica del avalúo; y también es cierto que el 95 del Código Penal, literalmente considerado, sólo deja la regulación al arbitrio del juez, sin pasar de dos mil pesos ($ 2.000.00) cuando no ha sido fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño. Mas aquí se repite lo ya expresado, sobre la imposibilidad de avaluar el daño moral subjetivo, imposibilidad que descarta la aplicación a él de las disposiciones citadas en ese punto. Y ya se expresó también cómo la jurisprudencia no había distinguido entre las distintas clases de daño moral cuando se expidió el Código Penal, lo que explica por qué allí se dice, artículo 95, que el juez aprecia directamente el daño cuando no sea fácil o posible avaluarlo pecuniariamente, pero dentro de un límite tan reducido, el de $ 2.000.00, que el **arbitrio judice** en su verdadero sentido no lo consagra la ley; pues si existiera realmente podría el juez subir su estimación a elevadas cifras, tan altas como las que los peritos pudieran fijar si a ellos se concediese el poder de fijar el monto del perjuicio subjetivo. Por consiguiente no se festina el procedimiento, ni se eliminan etapas de éste, cuando doctrinariamente se reconoce el hecho de que el juez en tales casos puede directamente señalar la cifra que corresponda como satisfacción pecuniaria.

La Sala de Casación Civil de la Corte, en reciente fallo, del 20 de octubre anterior —juicio de Mario Ojeda y Rosa Julia Castro contra Jorge Ricardo Vejarano— hace las siguientes y muy importantes observaciones sobre el contenido jurídico del artículo 95 del C. Penal:

"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 1º, Segunda Edición oficial, acta número 105, pág. 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' (ibidem, acta 106, pág. 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, pág. 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' (ibid, pág. 260).

"El doctor Lozano y Lozano agregó al artículo la palabra 'HASTA DOS MIL PESOS' y en esta 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 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".

El artículo 727 del C. J. dice, evidentemente, que cuando se trata de avalúos, el dictamen uniforme, explicado y **debidamente fundamentado** de dos peritos hace plena prueba. Pues bien, ese dictamen, si se refiere al daño moral subjetivo, nunca podrá ser debidamente fundamentado, sencillamente por la falta de fundamento o de bases concretas para construírlo.

Dícese que en estos casos, si los peritos avalúan el daño moral subjetivo en una cantidad superior a dos mil pesos, "esa cantidad será la que el juez debe acoger, **a menos que el dictamen se descalifique por él como desacertado**". El dictamen jamás podrá descalificarse como desacertado, en la hipótesis que se contempla, porque él estaría fundado en elementos inasibles y subjetivos, sobre los cuales es imposible ejercer crítica alguna, pues lo subjetivo no se halla sujeto racionalmente a medida o comparación de ningún género.

Ni en un juicio civil, ni en un juicio penal será posible nunca reclamar por perjuicios morales subjetivos una suma concreta, menor o mayor de dos mil pesos; lo que pone de presente que es remota, remotísima, que no se presentará, la hipótesis de que en cierto caso que se contemplara "no se dejaría ya derecho a reclamar (al interesado) suma mayor de los dos mil pesos a que se refiere este artículo". Es que esa suma mayor no puede **basarse**, no puede **fundamentarse**, y si el dictamen la sobrepasa, es arbitrario.

5. Que el daño moral subjetivo "resulta en realidad le la receptibilidad de la víctima", como lo dice la sentencia, no es razón que en ella se aduzca para afirmar que la víctima podría fijarla, sino precisamente para sugerir lo contrario; pues si se admitiese que la víctima puede hacerlo, se iría directamente a la más completa arbitrariedad, porque en tal hipótesis el sentimiento y el criterio del lesionado serían la única norma. Esta facultad que se supone pueda tener el agente pasivo del daño para fijar a su arbitrio el monto de una indemnización, con el fundamento único de su receptividad sensoria y psíquica, no la ha admitido la Sala, precisamente por arbitraria e infundada. Tampoco puede aceptarse el argumento que sobre esas bases se construye cuando se afirma que al fijar el juez un monto dentro de la suma de dos mil pesos **mide** "la vibración dolorosa de la víctima". Claramente se dijo en el fallo que esa fijación de una cantidad dentro de la de dos mil pesos la hace el juez no con el criterio de reparación o indemnización del daño moral subjetivo, puesto que se ha subrayado en varias partes que ese perjuicio no puede medirse, que no puede apreciarse; la fijación la hace el juez, partiendo de la imposibilidad de reparar el daño, con un criterio distinto, el de una **satisfacción** que, como se ha expresado, alguna jurisprudencia extranjera estima que se llena cuando el juez condena al pago de la suma más mínima de dinero, como un peso o un franco, a tiempo que el daño moral subjetivo puede ser inmenso. El juez no estima, **no avalúa** en dinero el perjuicio; ordena una satisfacción, que por ser en cierto modo simbólica, no se basa en la apreciación de la cuantía del daño.

6. Se afirma que la aplicación del artículo 95 del C. P. para fijar el monto de una indemnización civil es analógica de la ley y no se justifica porque existen disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil que resuelven el caso con suficiente claridad y eficacia. Se observa como al comienzo de estas anotaciones se admite la existencia de esas normas legales y se reconoce, en tesis general, su aplicabilidad para la práctica de avalúos. Sólo que también se ha visto que el daño intrínsecamente moral no puede ser objeto de evaluación.

Agrégase que la aplicación del artículo 95 del Código Penal se ha hecho con criterio analógico, pero teniendo en cuenta el principio de derecho que informa el

precepto legal y la naturaleza real de la relación. Por eso el criterio analógico no es aquí creación de norma jurídica. No es la norma que prevé un caso determinado y se aplica a otro semejante, sino el principio jurídico fundamental de esa norma el que se pone en juego, más general y comprensivo, tanto del caso contemplado como del que no lo fue; por lo que su aplicación a este último constituye una regla semejante a la establecida en la ley. Esto es lo que varios autores expresan diciendo que la norma concerniente a un caso contemplado se aplica, **en cuanto es aplicable**, al caso no contemplado; y más científicamente, que la analogía no significa la aplicación mecánica de una norma existente a un caso no comprendido por ella, sino a la búsqueda de un principio más elevado y general que es aplicable a los dos casos semejantes. En ocasiones como ésta el procedimiento analógico no crea normas jurídicas sino que el principio que se descubre en él está ya implícitamente contenido en la ley que tenía la potencialidad de adaptarse al caso no previsto por el legislador. Hay simplemente una integración de normas jurídicas.

Habiendo considerado la mayoría de la Sala las observaciones que el señor Magistrado doctor Blanco Núñez formuló en sus salvamentos de voto a la doctrina sustentada por la Sala de Negocios Generales y por la de Casación Civil de la Corte, sobre el daño moral y su reparación, insiste, por las razones ampliamente expuestas en esta decisión, en sostener y aplicar, por considerarla acertada, la tesis que en el particular configura esa jurisprudencia.

Y aplicándola al caso contemplado en este juicio, y en especial al avalúo practicado por los peritos doctores Rico y Fischer C., ha de abstenerse de reconocerle efectividad procesal, por las razones ya vistas en la presente providencia: primera, porque dicho avalúo, al englobar en una sola estimación el daño moral y el material, sin discriminación, avalúa el subjetivo moral, lo que es inadmisible a la luz de los principios jurídicos que informan el concepto del daño de esa clase y su reparación; segunda, porque el avalúo de los perjuicios materiales y de los morales objetivados no está subordinado a las exigencias legales, por carecer de una debida fundamentación.

Debe, por consiguiente, pronunciar la Sala directamente la condenación que corresponde al daño moral subjetivo, y que en este caso será el máximum, por la gravedad de las lesiones que sufrió el señor Acevedo Torres, entre ellas la pérdida de un ojo, las que naturalmente producen y prolongan en el tiempo la pena psíquica propia de un estado como ese, deprimente y depresivo de la personalidad humana. Y debe hacerse **in génere** la condenación por el daño moral objetivado y por el material, para que en armonía con el artículo 553 del C. J. se efectúe la regulación, teniéndose en cuenta, las observaciones pertinentes consignadas 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, reforma el fallo de primera instancia, y decide:

Primero. La Nación es responsable civilmente de los perjuicios morales y materiales causados a Luis Eduardo Acevedo por las lesiones que recibió en el accidente de aviación del campo de Santa Ana, el 24 de julio de 1938.

Segundo. La liquidación de los perjuicios morales objetivados y de los materiales se hará según lo previsto en el artículo 553 del C. J. y teniendo en cuenta las bases fijadas en el presente fallo.

Tercero. Condénase a la Nación a pagar a Luis Eduardo Acevedo la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda le-

gal en razón de perjuicios morales subjetivos.

Cuarto. No es el caso de hacer la condenación por la suma líquida indicada en la segunda súplica de la demanda.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—José M. Blanco Núñez, con salvamento de voto.—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel Pineda Garrido, Srio. en ppdad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JOSE M. BLANCO NUÑEZ, EN EL JUICIO DE LUIS EDUARDO ACEVEDO TORRES CONTRA LA NACION, POR PERJUICIOS

De ningún modo con propósito polémico, sino únicamente movido por el ordenamiento legal (C. J., artículos 51 y 52) que impone a todo Magistrado el deber de expresar los motivos de su disentimiento con respecto a las providencias que le corresponde firmar como tal, y por cuanto que tanto los anteriores salvamentos de voto que había hecho en asuntos similares al presente, como éste, en el cual he sido primer ponente, le han merecido a mis ilustrados colegas de la mayoría de la Sala de Negocios Generales varias observaciones cuyo mérito soy el primero en reconocer, no sólo porque proceden de jurisconscltos tan eminentes, sino porque se relacionan con una materia que, como bien lo reconocen ellos, constituye un intrincado problema de carácter filosófico-jurídico, una vez más —y para todas las futuras en casos semejantes, pues considero inoportuno repetirlas ulteriormente— me veo precisado a expresar las razones que tengo para continuar manteniendo, muy a mi pesar, ese desacuerdo con las tesis que los señores Magistrados sostienen en lo relativo a la apreciación, estimación y evaluación de las indemnizaciones por los perjuicios materiales y morales ocasionados por actos civilmente ilícitos o culposos.

No lo haré sin hacer constar antes también: 1º la insistencia con que he venido manifestándome impedido para conocer en los juicios de esta clase en que me ha tocado intervenir, como Magistrado de la Corte, manifestación que la he fundado en el hecho de haber sostenido cuando ejercía la profesión de abogado, puntos de vista iguales a los que ahora sostengo; y 2º que la mayoría de la Sala, de manera reiterada, ha declarado que legalmente es inaceptable, como causal de impedimento, tal manifestación fundada en ese hecho.

Con estas aclaraciones preliminares, me permito exponer a continuación las nuevas observaciones que me han sugerido las muy importantes de la mayoría de la Sala, que se hallan consignadas en la presente sentencia, y en otros fallos recientemente proferidos sobre la materia de que se trata, especialmente, en lo que se relacionan con las ideas que me permití exponer en mis anteriores salvamentos de voto, las cuales deben considerarse, para no repetirlas, reproducidas aquí, ante todo, las que emití en el salvamento de voto que corre publicado en las páginas 944 a 951 del número 1981 de la Gaceta Judicial, Tomo LII.

Después de citar la mayoría de la Sala, parte de esos salvamentos de voto, acepta que es la verdad "que existen disposiciones de la legislación civil y penal, sustantivas y de procedimiento, según las cuales el daño o perjuicio debe ser avaluado bien sea por peritos, o en defecto de éstos, por el juez"; pero dice que "hay consideraciones que sin contrariar la interpretación racional, y por ende, jurídica de tales normas, imponen la deducción, sacada del análisis de los textos aludidos, tomados no únicamente en su letra, sino por su sentido jurídico y su finalidad, de que deben aplicarse teniendo en cuenta la realidad que contemplan y sobre la cual les toca actuar".

Y añádese que, "aun aceptando la vigencia de todos los preceptos a que se ha hecho alusión y aplicándolos, de cualquier modo que sea, con la intervención de pe-

ritos o sin ella, siempre se llega a concluír que el daño moral subjetivo no puede avaluarse", y que "si aunque la ley, sin distingos, admite la posibilidad de avaluar toda clase de daño, el material y el moral, y dentro de esta última categoría, el moral subjetivo, la realidad innegable es otra, a saber, la de que respecto al daño intrínsecamente moral no cabe el avalúo".

Pues bien: para los fines a que se han circunscrito algunos de los motivos de mi disentimiento y en lo tocante a sus fundamentos, hasta que se haya podido evidenciar ahora, como lo parece por las frases arriba transcritas, que existen disposiciones de la ley que admiten la posibilidad de **avaluar, sin distingos,** "toda clase de daño, el material y el moral, y dentro de esta última categoría, el moral subjetivo".

No es otra cosa, la que yo me he permitido manifestar en mis precedentes salvamentos de voto, cuando he admitido, en gracia de discusión, la hipótesis de que deba aplicarse a juicios de carácter **civil** la norma del artículo 95 del Código Penal, referente a **delitos**; y si ello es así, si la ley, **sin distingos**, admite la posibilidad de que el daño material, y el moral ("objetivado" o no) se avalúen, parece que no queda campo ya, jurídicamente hablando, al argumento de que, sin embargo, la realidad innegable es que "respecto al daño intrínsecamente moral no cabe el avalúo", porque si hay algún defecto en la ley sobre este particular, el argumento no debe obrar contra ella, pues así ha sido expedida, sino contra el legislador, para que la reforme.

Pero se dice: "Por qué sobreponerse a esta realidad haciendo que se produzcan avalúos inútiles, ineficaces, que siempre y necesariamente habrán de ser infundados?". La respuesta la dan —me permito apuntar— las mismas observaciones de la mayoría de la Sala: "porque la ley así lo tiene establecido", y esta me parece razón suficiente e incontrovertible; porque si la ley ha admitido la posibilidad de AVALUAR el daño moral, **sin distinguir** entre el que ahora se denomina "objetivado" y el "subjetivo", la necesaria consecuencia es su fiel observancia: el **avalúo** por medio de peritos de los perjuicios de todo orden resultantes del daño; porque en el campo de nuestro Derecho Penal, encuéntrase allí el artículo 256 del C. de Procedimiento respectivo que ordena que "Cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, O EXIJA AVALUOS, el juez o funcionario DECRETARAN LA PRUEBA PERICIAL"; y porque si es en el campo de nuestro Derecho Civil sustantivo y procedimental, allí también nos encontraremos con una norma, la del artículo 721 del Código Judicial, que preceptúa que "Cuando se trata de AVALUOS o de CUALQUIERA REGULACION EN CIFRA NUMERICA, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos PERITOS hace plena prueba".

Prescindir, de plano o anticipadamente, del avalúo pericial donde la ley penal y la ley civil **colombiana** lo ordenan tan categóricamente, como queda visto, con el argumento de que antes de expedirse el Código Penal vigente no había hecho "la **jurisprudencia**" la distinción, que apenas consagra en recientes decisiones, entre las distintas clases de daño moral, me parece que contraría el principio fundamental de que los fines de la jurisprudencia son los de aplicar, tal como ha sido expedida, la ley sustantiva en el derecho y conforme la sentencia con la verdad en los hechos, razón por la cual el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, establece que "Los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y, por consiguiente, con este criterio, han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho".

Secuela necesaria de todo esto es que nuestra jurisprudencia no puede andar

más de prisa que nuestra ley, por más que se invocara o reconociera la necesidad de que ésta deba ponerse a tono con nuevas tesis o concepciones doctrinales emanadas de países distintos, a los cuales pueda atribuírse la condición de poseer un desarrollo cultural más avanzado que el del nuestro.

Con el más plausible y recto de los propósitos que, sin duda, ha venido animando y anima en este sentido a muchos de nuestros Tribunales y Jueces desde hace unos pocos años para remozar nuestra jurisprudencia, se puede caer, sin embargo, en el extremo de crear cierta situación de disconformidad o antagonismo entre nuestras leyes, que es ahora cuando comienzan a renovarse, y algunas tesis o normas jurisprudenciales ultramarinas que poco o nada se adaptan a ellas y que ni en sus mismos países de origen han podido salir todavía de la zona conjetural o de controversia en que se mueve toda teoría de reciente data.

Como bien lo dice la mayoría de la Sala, la jurisprudencia apenas "ilustra las decisiones o normas que consigna la ley"; luego la jurisprudencia no crea la ley, sino al contrario. Ni puede ella, por lo mismo, alterar las normas que en la ley consignó el legislador.

"Donde la ley no distingue, a nadie le es permitido distinguir", es muy antiguo principio de derecho que jamás perderá su actualidad, y contrariar este principio es reconocer y establecer, sólo por la vía de la "jurisprudencia", que, aunque nuestra ley no distingue acerca de la posibilidad de avaluar el perjuicio moral "subjetivo" y el "objetivado", no obstante esto, debe hacerse esa distinción cuando se trate del daño moral que ahora se llama "subjetivo" y rehusar su avalúo, porque en esta clase de daño "no cabe avalúo", pues —según también se afirma— aquél "no es susceptible de recibirlo", ya que "en la práctica, en el hecho, esas reglas sobre avalúo, en lo que concierne al daño moral subjetivo no operan".

Paréceme que la jurisprudencia no puede declarar inoperante la ley, por más imperfecta que parezca, mientras no la haya modificado o abolido el mismo poder soberano que le dio vida o mientras ella no haya perdido su operancia por una de esas causas virtuales o intrínsecas, que equivalen a la abolición expresa.

II

Es verdad que refiriéndose la mayoría de la Sala a lo que manifesté en uno de mis anteriores salvamentos de voto, se expresa de este modo:

"Es cierto que el artículo 95 del Código Penal admite la posibilidad de avaluar en dinero el daño moral, el objetivo y el subjetivo, desde luego que el artículo no distingue entre uno y otro". Pero esa disposición previó asímismo el **caso en que no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado.** Siendo evidente, como lo es, que los casos de daño moral subjetivo son de imposible evaluación pecuniaria, por su misma naturaleza al reconocer ese hecho la Corte, simplemente se coloca dentro del presupuesto del artículo 95 citado que faculta al juez para fijar a su prudente arbitrio la indemnización que corresponda **cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño".**

Se observa:

O es fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral "subjetivo", o no lo es. Si no lo es, entonces cómo se explica que el legislador haya admitido, a la vez, la posibilidad de avaluar tal daño y que así lo reconozca el fallador?

Si este daño "subjetivo" es una de las clases del daño moral, y, si como lo reconoce la mayoría de la Sala, es cierto que el artículo 95 de que se trata "admite la posibilidad de avaluar en dinero" esa clase de daño moral, cómo puede aceptarse que esa misma disposición prevé, a la vez, que el daño "moral subjetivo", no es de posible avalúo pecuniario?

Si en todos los casos, si **siempre,** el perjuicio moral "subjetivo" es de imposible

avalúo o estimación en dinero, muy evidente es que el legislador no habría admitido, al aprobar el artículo que se cita, la posibilidad de avaluarlo pecuniariamente. Ello habría sobrado, y sobraría.

Y al contrario; si, como evidente es también, el artículo que se cita incluye en el daño moral el llamado "subjetivo", es porque el legislador entendió que sí es susceptible de avaluarse pecuniariamente. Si no, el artículo no habría expresado más que esto, simplemente, por ejemplo: "Para el perjuicio moral subjetivo ocasionado por el delito podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos".

Pero suponiendo todo lo contrario, esto es, suponiendo que el legislador entendió mal o se equivocó, se puede dejar de efectuar el previsto avalúo con el argumento de que todavía **"la jurisprudencia"** no había hecho la distinción entre daño moral "objetivo" y daño moral "subjetivo" cuando se expidió el Código Penal vigente, y que sería "absurdo" entenderlo y practicarlo de otra manera? Me parece que no se puede.

Si, como se ha visto, se acepta que el artículo 95 del Código Penal colombiano admite, erróneamente o no, la posibilidad de que el perjuicio moral "subjetivo" sea avaluado, me parece que no es colocarse dentro del presupuesto de tal artículo, el prescindir del previsto avalúo pericial en ese caso, alegando que ese perjuicio es "de imposible avaluación pecuniaria por su misma naturaleza", pues me parece que lo que es **siempre** imposible de suceder, no puede dejar nunca campo a la posibilidad de que suceda.

Y lo cierto es que no sólo el artículo 95 del Código Penal admite la posibilidad del avalúo de que se trata, como la mayoría de la Sala lo reconoce, sino que el art. 256 del C. de Procedimiento Penal hace obligatorio para el juez o funcionario de instrucción decretar la prueba pericial, en **todo** caso de **avalúos**, y que el artículo 268 del mismo Código impone al juez, para acoger o desechar el dictamen pericial el deber de expresar, clara y precisamente, los hechos y las razones en que se funde para ello, lo que significa que no puede ni omitirlo de plano como ineficaz, ni rechazarlo de plano tampoco, una vez efectuado.

Tampoco al juez de lo civil le deja otro camino al artículo 721 del Código Judicial.

III

Pero se alega: este artículo da facultad al juez para rechazar el dictamen pericial cuando no esté debidamente fundamentado, y como en tratándose de avalúos de perjuicios morales "subjetivos" jamás puede caber el avalúo, nunca habrá correcta fundamentación en el dictamen ni modo de descalificarlo, porque él se apoyaría "en elementos inasibles y subjetivos, sobre los cuales es imposible ejercer crítica alguna, pues lo subjetivo no se halla sujeto racionalmente a medida o comparación de ningún género".

Este argumento —se repite— que mejor debe obrar contra el legislador que contra las leyes sobre la materia tales como hasta ahora están, podría admitirse, cuando más y según cada caso concreto, para rehusarle mérito probatorio en la sentencia definitiva al respectivo avalúo, pero no, para principiar por prescindir de éste **a priori**, pues el Juez carece de facultad para decidir en esta forma de la eficacia o ineficacia, de la procedencia o improcedencia de una prueba, que, cuando menos, en su aspecto formal, está consagrada por la ley, como lo está, sin distingos, la de peritos, cuando se trate de **cualquier avalúo o regulación en cifra numérica**, ora por mandato del art. 721 del C. de P. Civil, ora por mandato de los arts. 256 y 268 del C. de P. Penal y el 95 del C. P.

El Juez no puede decidir por sí mismo y por anticipado sobre la inutilidad de un dictamen pericial que no se ha efectuado y que las leyes ordenan, sin distinguir. Y si ello es así, como lo es, no puede haber, en principio, indebida fundamentación en

un avalúo pericial de perjuicios morales de toda clase, porque la ley ordena ese avalúo sin distingos. La calificación por el juez de la debida o indebida fundamentación de un dictamen pericial, no puede anteceder, sino seguir al dictamen. O, en otros términos, para que pueda haber legalmente calificación del dictamen, primeramente tiene que haber dictamen. Si éste no existe, porque de él se ha prescindido por considerarlo innecesario, inoperante, ya se ha calificado, pero se ha calificado lo que no existe, lo que deliberadamente no se ha permitido que exista o se efectúe.

IV

Se dice que el reconocimiento que se hace con base en el artículo 95 del Código Penal, no lo impone el fallador a título de compensación o de indemnización pecuniaria, sino meramente como una afirmación del derecho vulnerado o como una "satisfacción" (siguiendo en ello lo que dicen Josserand y Demogue); pero si esta palabra SATISFACCION se quiere emplear, nó en su acepción castellana principal —y para estos fines quizá la más pertinente— que es la de "pagar enteramente lo que se debe", sino la de "sosegar o aquietar una pena o un sentimiento", el sufrimiento o el dolor moral que el daño ocasionó al ofendido, la verdad es que esta solución no cabe dentro del art. 95 de que se trata, pues en él se habla categóricamente de "INDEMNIZACION", y ésta sí no significa otra cosa distinta que **resarcimiento, compensación, reparación del perjuicio** que un daño ha ocasionado.

Lo que el artículo 95 del Código Penal colombiano dice es lo siguiente: "Cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos".

Quizá es conveniente, aunque sea por vía de mero y modesto ensayo, hacer algunas apreciaciones con respecto al modo como se ha venido hasta ahora configurando aquí la noción del **daño**, para deducir en juicio la consiguiente responsabilidad legal contractual o extra contractual.

Hasta ahora, y según lo corriente, la palabra **daño** se ha venido usando como equivalente de perjuicio, y éste como sinónimo de aquélla. Mas parece, por la grande influencia que ello puede tener en el estudio y solución de los diversos y difíciles problemas relacionados con la responsabilidad que se deriva del hecho civilmente ilícito, que en esta materia y para estos fines debe hacerse distinciones que pueden ser de muy dilatado alcance.

Con efecto, el **daño**, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio. El **perjuicio** es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la **indemnización** es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó.

La materia u objeto del avalúo no es, pues, el daño o la lesión, porque ésta, sea material (corporal) o moral, es lo que no puede avaluarse, sino el **perjuicio**, el quebranto económico que el daño psíquico o material produjo en la víctima en el campo de lo patrimonial.

Daño, perjuicio, indemnización, son, pues, términos jurídicamente inconfundibles que forman los vértices del triángulo de la responsabilidad. El primero, es **causa**; los dos restantes son **efectos.**

De aquí se sigue que lo que se avalúa pecuniariamente, lo que se regula en cifra numérica, no es el **daño**, que no es susceptible de avalúo, ya se trate de daño moral o material, sino el **perjuicio**, que tiene siempre, o se **presume** que tiene, una expresión o una repercusión de orden patrimonial.

Así parece que sería procedente aclarar esta afirmación de la mayoría de la Sala: "Las repercusiones objetivas del daño moral, el daño moral, objetivado, han de in-

demnizarse aplicándoles las normas que regulan la fijación y resarcimiento del perjuicio material. Se procura y se obtiene que ese perjuicio moral se objetive y concrete económicamente y por esa vía se llega a la reparación debida..."

Las repercusiones, a que ahora se da el nombre de "objetivas", del daño moral, no son otra cosa que perjuicios materiales, y es por ello por lo que a las tales hay que aplicar las normas que regulan esta clase de perjuicios.

El daño, el sufrimiento, la pena, el dolor psíquico o puramente moral, ocasionado por una lesión o un quebranto al patrimonio efectivo, como la muerte de un ser querido, o al patrimonio social de una persona, como la pérdida de la reputación, no es el único que no tiene equivalencia monetaria, en cuanto daño, conforme a la definición que ya quedó hecha. Tampoco tiene esta equivalencia el sufrimiento, la pena, el dolor puramente físico. Ninguna de esas dos clases de penas o de dolores, considerados en sí mismos, admite avalúo pecuniario alguno.

Decir, pues, que el daño moral subjetivo (sufrimiento, dolor, pena de carácter psíquico), por su naturaleza no es avaluable en dinero, es dejar la base, con mucha lógica por cierto, para que se pueda decir lo mismo del sufrimiento, de la pena, del dolor físico que ocasiona el daño puramente material, como una enfermedad, una herida o una quemadura, porque ambas clases de sufrimiento pertenecen a lo imponderable, a lo inasible, a lo inmaterial, a lo que no se puede medir, ni regular en dinero. Y sin embargo, en el caso de lesiones materiales, son objeto o materia avaluable en dinero los perjuicios derivados de ellas, sin que sea para esto obstáculo, la circunstancia de que no se pueda avaluar el dolor o la pena física que ocasionan a la víctima tales lesiones.

El daño, pues, considerado en sí mismo, como mal, como pena, como dolor, sea físico o písquico, material o moral, no admite avalúo. Lo que admite éste es el perjuicio, el detrimento patrimonial, presumible o que consta, que es consecuencia o efecto del daño de que se trate.

Mas, cómo se conoce, cómo se fija o configura económicamente este perjuicio?

Por las constancias de autos cuando sus manifestaciones son claramente visibles, tangibles u "objetivas", como ahora se dice; o por medio de meras presunciones de los peritos con base no sólo en sus conocimientos y en su calidad de tales, sino con base en los elementos que existan en autos y que aún careciendo de aquellos caracteres de fácil o común comprensión para la generalidad de las personas, son suficientes, en tratándose de expertos, para formar la convicción de éstos y para servir de auxiliar a la del juez.

Pero se dice que en tratándose de avaluar el daño moral puramente "subjetivo", toda evaluación en dinero por peritos —o por el Juez— es arbitraria, "porque los sentimientos no se compran ni se venden, porque los afectos en la familia y la estimación social y pública no son artículos de comercio, y porque el dinero es incapaz de restablecer el equilibrio espiritual alterado por una lesión emanada de esta clase de daño. Lo que no implica que el daño puramente subjetivo haya de quedar sin una satisfacción de orden pecuniario, como así la llaman Josserand y Demogue, porque es más bien la afirmación de la injusticia cometida..."

Se considera:

1º Ya se vio que el daño de toda clase, jurídicamente considerado, que es causa, debe distinguirse de su efecto, que es el perjuicio, y éste siempre es susceptible de evaluación.

El error quizá está en afirmar que "las bases de un dictamen pericial siempre son objetivas, porque no es posible someter a medida alguna la lesión subjetiva, en sí misma".

2º Todo daño, material o moral, es subjetivo. Si lo que se quiere es significar la mayor o menor facilidad o dificultad de conocer el perjuicio que del daño resulta, quizás sería mejor hablar de daño moral patrimonial; y de daño material, para aquel que puede tener expresión patrimo-

nial más fácil de concretarse y conocerse, pues ambas clases de daños, para constituír una entidad jurídico-procesal, deben tener una repercusión patrimonial, mediata o inmediata, más o menos aparente o sensible.

3º La pena, el dolor moral, tiene una repercusión o una expresión patrimonial inaparente, y esto último es lo que es susceptible de avalúo pecuniario por presunción, nó, la pena o el sufrimiento mismo.

Pero se dice que las bases de un dictamen pericial siempre deben ser "objetivas", es decir, sensibles, tangibles, y es aquí donde me parece que quizá está uno de los principales errores, según antes expresé.

En mi salvamento de voto en el caso de Alberto Valencia Mejía traté de precisar mis ideas en esta materia del siguiente modo:

'El hecho de que se condene a la Nación a pagarle a la demandante cien pesos por el daño moral 'no objetivado', revela que el fallo admite que existe, que se causó, un perjuicio moral subjetivo (o que se presume que se causó) en vista de los elementos probatorios que obran en el proceso y que forman la convicción del fallador; y como consecuencia de todo esto, la parte resolutiva del fallo **estima, avalúa** o **justiprecia** (que no otra cosa es lo que se hace) tales perjuicios en la suma de cien pesos.

'Pues bien: lo que no ha sido difícil o imposible al juzgador para **avaluar** esos perjuicios con vista del caso y de las probanzas de autos, entiendo que ha podido no ser difícil o imposible también a los peritos; o, por lo menos, que el arbitrio judicial sobre ese particular no ha debido tener lugar, sino cuando aquéllos manifestaran esa dificultad o imposibilidad o cuando se rechazara el dictamen pericial si no estaba debidamente fundamentado. (Código de Procedimiento Civil, artículos 721, 722 y 723; y 256 y 268 del Código de Procedimiento Penal). Me parece que estas disposiciones hacen obligatorio el nombramiento de peritos en caso como éste de 'avalúo' o de 'regulación en cifra numérica', y, que, por tanto, el juzgador no puede prescindir de aplicarlas, anticipando el concepto de que va a ser inútil la prueba pericial porque el perjuicio moral 'subjetivo' no es susceptible de avalúos, según se afirma.

'Las razones que tengo para expresar estos conceptos, fuera de las expuestas como consecuencia del mismo texto y del espíritu del artículo 95 del Código Penal, son los que a continuación me permito exponer:

'La noción de indemnización de perjuicios, en la zona del derecho civil, se estructura e integra con dos únicos elementos o factores: el daño emergente y el lucro cesante.

'La unidad de medida en la evaluación del perjuicio de todo orden no puede ser otra que el perjuicio mismo considerado en su totalidad, en su integridad cuantitativa y en la realidad probatoria-procesal.

'Nada tiene que ver aquí la capacidad económica del autor del daño ni la de la víctima ni la cuantía o monto de la indemnización. Esta, deberá estar en razón directa de aquél. No debe ser ni menos ni más de lo que en el hecho y en el derecho deba ser.

'Tanto habría lugar a pensar en un 'enriquecimiento injusto' cuando la estimación del perjuicio sobrepasa al valor real de aquél, como cuando esa estimación, por lo exigua o caprichosa, no represente la verdadera reparación que el orden moral y legal demandan del culpable del daño, para restablecer el equilibrio perturbado por su acto culposo. Esto, tratándose de toda clase de perjuicios, materiales y morales, 'objetivados' o 'subjetivados'.

'Pero creo también que el artículo 95 del Código Penal tampoco puede ser considerado como una norma aislada, inconexa y absoluta en el campo de la crítica legal. Esa disposición debe ser contemplada e interpretada, y aplicada, cuando fuere el caso, en consonancia con otras disposiciones del Código citado, que aclaran y fijan su alcance y su verdadera ra-

zón de ser, y, de modo especial, con las pertinentes del Código de Procedimiento Penal, que es el que concreta y condiciona, en el terreno de la práctica, el modo de darle cumplido efecto". (Gaceta Judicial, número 1981, Tomo LII, páginas 945 y 946).

'Planiol y Ripert sostienen que la dificultad de apreciar la cuantía del perjuicio cuando éste sea cierto, aunque futuro, no debe ser motivo para rechazar la reparación de él; que los Tribunales, en caso de fallecimiento de una persona por culpa de otra, condenan a esta persona al pago de perjuicios materiales a favor de los parientes del difunto, no solamente, cuando éste subvenía a las necesidades de aquéllos, sino también en el caso contrario y aun cuando esa muerte prematura anticipa o apresura el día en que los parientes debían entrar en posesión de su herencia; y que 'como consecuencia en todas las veces en que se trata de una apreciación de hecho, los Tribunales pueden contentarse con probabilidades'. (Droit Civile, Tomo VI, números 542, 543 y 549).

'Esta misma Corte, en casación de 21 de julio de 1922 (XXIX, 220), expresó conceptos similares en cuanto al perjuicio moral subjetivo, cuando decidió que 'El hecho de que en muchos casos sea difícil determinar el quantum de la reparación de un daño moral, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría de concluír que derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, cuando quiera que su infracción escapara a la acción de las leyes penales'.

'Los elementos integrantes del perjuicio moral (del subjetivo y del objetivado) y aun los del mismo perjuicio material, no pueden tener siempre, pues, una expresión probatoria procesal en la misma forma nítida, positiva, tangible, en que aparecen o se manifiestan en ciertos casos ordinarios, lo que no quiere decir que por esa dificultad de estructurar materialmente o de contabilizar el perjuicio no exista éste y no se deba condenar a la indemnización del daño moral y material con base en los factores conocidos que existan en autos en el momento de decidir la controversia.

'Indudablemente, no es imposible ni está fuera de lo natural que, por ejemplo, una persona que es joven y goza de buena salud, enferme y muera después de sus padres; o que siendo soltera contraiga matrimonio; o que siendo rica vea reducida o anulada la fuente de sus ganancias; pero indudable es también que puede suceder todo lo contrario, y de ahí que ante lo eventual y contingente de estos factores, los únicos elementos de juicio que deben tenerse en cuenta para configurar el concepto del daño patrimonial o expatrimonial y su cuantía, deban ser aquellos que existen de modo cierto en autos ante el fallador en el momento de decidir la controversia, a saber, y por ejemplo también: que esa persona era joven, que no estaba enferma, que era soltera, que poseía determinada riqueza o capacidad productora, etc.

'Las presunciones que los peritos, o el juez, en defecto de este, construyan a base de tales factores para estructurar la noción del perjuicio (de todo orden) y el monto de éste, no serán arbitrarias ni temerarias, sino que tendrán un fundamento racional y de equidad si parten, como en el caso del ejemplo, de hechos ciertos, conocidos y probados, que existen en el momento de decidirse la controversia aunque puedan dejar de existir después de fallada ésta. Otra cosa debe ser cuando el juzgador carezca en absoluto de esos elementos de juicio o sean éstos de tan débil fuerza probatoria, que alejan de su ánimo la más ligera convicción.

'Si así no se hiciera, muy raros serían los casos en que podrían hacerse una estimación y una condena de perjuicios, porque nunca podrá descartarse por completo la intervención de lo eventual, de lo desconocido y de lo contingente, en apreciaciones de aquella índole. Se ve así cómo es de fundado el precitado concepto

de Planiol y de Ripert cuando dicen que en estos casos los Tribunales tienen que contentarse con probabilidades". (Gaceta Judicial, Tomo LII, página 950).

VI

La disparidad de apreciación en estas materias, me ha llevado a separarme, desafortunadamente y muy a mi pesar, de la respetable opinión de los señores Magistrados de la mayoría, no solamente en lo que se relaciona con la estimación y evaluación de los perjuicios de todo orden emanados del daño moral "subjetivo" o del "objetivo", por lo mismo que dicen Planiol y Ripert acerca de que en estas cuestiones de hecho los Tribunales tienen que contentarse "con probabilidades" (acaso con base en esto mismo, en las Actas de la Comisión redactora del nuevo Código Penal, página 255, número 105, tomo I, consta que uno de sus miembros, el doctor Carlos Lozano, al referirse al actual artículo 94 de ese Código, propuesto por el doctor Cárdenas, manifestó que en tratándose de daño moral "no hay ninguno que no pueda ser apreciado económicamente"), sino también en lo que se relaciona con el modo como ellos han venido configurando en anteriores fallos la noción de los perjuicios materiales en los casos de accidentes causados a menores de edad, o a parientes que no subvenían a las necesidades de sus otros allegados.

Según parece, toma pie esta tesis en la suposición de que en estos casos la economía familiar no sufre ningún quebranto patrimonial que amerite el reconocimiento de una indemnización pecuniaria, porque la base para ésta y para la intervención pericial debe ser también y siempre la existencia de una relación de carácter económico que, si no existe en forma objetiva, tangible, descarta tal reconocimiento.

Se relaciona esta materia, lo mismo que la relativa al daño moral, con la noción o concepto que se tenga del sér humano, conforme a las leyes divinas, naturales y positivas, las que, a mi juicio, lo contemplan siempre como un valor, como un capital social, en cuanto miembro o célula primaria y respetable de la familia, de la sociedad y del Estado.

Es así como la ley civil y la ley penal lo protegen desde antes de nacer (C. C., arts. 73 y 91; C. P., arts. 386 a 388), y es así también como la institución legal de la herencia ha venido a ser base fundamental de la existencia de la familia, fomentada y protegida por el legislador, en reconocimiento al noble fin que ella está llamada a llenar en la vida misma de las Naciones cristianamente organizadas, ya que éstas no son más que la expresión jurídica o la suma de todos los individuos y de todas las familias que las constituyen o componen.

Con apoyo en estas ideas, es como no he estado de acuerdo (sentencia de fecha seis del presente mes), en que no se hubiera reconocido el derecho a perjuicios materiales a Casimiro Abondano por la muerte de sus menores hijas María Rosario y Alicia, con fundamento, según ese fallo en "que el simple hecho de que la muerte prive a los padres de un hijo, de suyo no les lleva a sufrir una disminución patrimonial futura", pues —añade el fallo— "Con respecto al hijo menor de edad nadie está en capacidad de escrutar y adivinar el porvenir para determinar en qué condiciones y en qué medida educado y establecido, llegará a ser el apoyo y el sostén de sus progenitores".

No niego que la capacidad productiva y el apoyo pecuniario que un hijo tenga, o preste a sus padres sean factores que deban tenerse en cuenta para la evaluación del perjuicio material y moral que su desaparición o inhabilidad para el trabajo cause a ellos; pero ni son estos los únicos factores que deben integrar, necesariamente, la noción y la estimación de esos perjuicios, ni la ausencia de tales factores son, por sí solos, suficientes para desplazar o excluír la noción y estimación de esos perjuicios en tal caso.

El padre que alimenta, viste, educa y cuida a sus hijos menores, nada recibe de éstos, indudablemente. Desde un punto

de vista crudamente positivista quizá hasta podría suponerse que son para él una carga, y que su muerte le exoneraría de tal carga, con el consiguiente beneficio por el ahorro que le proporcionaría. Mas quién osaría hacer racionalmente tal afirmación para preconizarla como norma?

Pues, por esto mismo parece que no es opuesto a ninguna ley divina ni humana, sino antes bien, muy en armonía con éstas, que a ese padre se le indemnice pecuniariamente por la muerte prematura de ese hijo, por cuanto hay que presumir —porque lo contrario es la excepción— que su crianza y educación, le han costado no solamente dinero, sino esfuerzos, privaciones, dificultades y sacrificios de todo género. Y de que ésta sea una obligación impuesta a los padres por las leyes naturales y positivas, no se sigue que el responsable de esa muerte pueda con ello disculparse de la obligación moral y legal de resarcir el perjuicio que les ocasionó. Ello ofendería a la razón. No se trataría en ese caso de que los padres comerciaran con sus afectos y sentimientos de tales, sino de qué el culpable reparase el daño que produjo.

Las leyes de todo orden repudiarían, en ese caso, tanto el enriquecimiento injusto que pudiera favorecer a los padres con una indemnización exagerada, como el empobrecimiento, injusto también, que el autor del daño impusiera en tales circunstancias a los padres, si no les indemnizara por tal daño cumplidamente. No sólo porque en ella he encontrado confirmadas estas ideas, que ya me había permitido exponer oralmente en las sesiones a que ha dado lugar la discusión de los distintos proyectos de sentencias relacionados con esta materia, sino porque confirma también que no es unánime el parecer que con respecto a ellas tienen los Tribunales y expositores de mayor renombre, me permito citar a continuación una muy reciente jurisprudencia argentina que corre publicada en el número del 10 de junio de 1942 de la Revista de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación La Ley, editada en Buenos Aires.

Dice así, en lo pertinente:

"JURISPRUDENCIA.

"DAÑOS Y PERJUICIOS.—Accidentes de tránsito.—Culpa de un tercero.—....

".....

"13.626. — Ortiz de Fernández, Aurora F. c. Favaro, Oreste y otros. — Cámara Civil 1ª de la Capital, mayo 20—942.

"Juez: Eduardo Rojas. — Sec.: Emilio Paradi.

"1ª Instancia. — Buenos Aires, octubre 20 de 1941. — a) Mediante apoderado, la actora —Aurora F. Ortiz de Fernández— demanda el pago de $ 18.000.00 en que estima la indemnización de pérdidas e intereses y daño moral ocasionados por la muerte de su hijo Paulino Alberto, ocurrida en un accidente de tránsito el 4 de agosto de 1939 en la calle Entre Ríos, frente al número 369.

"Dice que ese día envió a su hijo a comparar unas frutas al comercio que indica y hallándose aquél frente a la vidriera del negocio, un automóvil de propiedad de Miguel Stellatelli y guiado por Oeste Favaro subió a la vereda, atropellando a su hijo, el cual falleció.

"De lo expuesto, añade, se deduce que se trata de un homicidio culposo, por impericia, imprudencia o negligencia o inobservancia de los reglamentos —art. 84, cód. penal—. Tratándose de un delito de derecho criminal deben indemnizarse las pérdidas e intereses patrimoniales, y además el daño moral causado en el orden afectivo. Y como es evidente la responsabilidad del actor material del hecho, no lo es menos la participación en ella del propietario del vehículo (artículos 1109, 1113 y 1133, cód. civil). Termina pidiendo intereses y costas.

".....

"Considerando: 1º .....

"Lo positivo es que el niño Paulino A. Fernández, hijo de la actora, se hallaba en la vereda, frente a un comercio de frutería y vinería y fueron tantas las heridas y fracturas que sufrió a raíz de haber sido embestido por el automóvil dirigido por el demandado, que falleció momentos después.

"Le es aplicable, en consecuencia, el artículo 1133 del cód. civil (Rev. La Ley, t. 12, p. 296, y nota del doctor Spota).

"2º El doctor Favaro no desconoció expresamente el derecho que se arroga la parte actora para promoverle este litigio en su condición de madre de la víctima. El carácter de tal, por otra parte, surge de las actas de fs. 7 y 10, y el hijo era de 13 años de edad.

"Nadie discute ya razonablemente el valor económico de la vida humana; ni la doctrina que estableció 'que los padres, sea cual fuere la edad de sus hijos menores, tienen derecho a indemnizaciones pecuniarias en relación a la pérdida de los sacrificios de crianza y educación que les hubiesen irrogado los niños y a la ayuda o sostén que de ellos esperaran, independientemente de los afectos morales de que se viesen privados'.

"Por conjetural que sea la mayor o menor medida de tales sacrificios o el futuro económico de ese hijo, la base es cierta, pues todo ello existe y todo se ha desvanecido por obra del hecho de un tercero.

"Debe añadirse la indemnización del daño moral, no porque se trate de un delito criminal, puesto que la justicia represiva no ha condenado al demandado, limitándose a sobreseerlo provisoriamente, sino porque el artículo 1109 del cód. civil, que impone la obligación de reparar el perjuicio, dice que esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil, y el artículo 1083 prescribe que toda reparación del daño, sea material o moral, causado por un delito, debe resolverse en una indemnización pecuniaria que fijará el juez.

"Es ésta, por otra parte, la tendencia de la cám. civil 1ª. (Rev. La Ley, t. 20, p. 828, J. A., t. 34, ps. 76 y 1152).

"Por estos fundamentos y atento a lo dispuesto en el artículo 1068 del cód. citado, fallo condenando al doctor Oreste Favaro a pagar a Aurora Emeteria Ortiz de Fernández, dentro de quince días, la suma de $ 9.000 en concepto de todo perjuicio; con costas (artículo 221, cód. de proced.) — **Eduardo Rojas.** — Ante mí: Emilio Parodi.

"2ª **Instancia.**—Buenos Aires, mayo 20 de 1942.—Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

"El doctor Casares dijo:

"El demandado invoca como eximente de su responsabilidad el caso fortuito...

"En cuanto al monto del resarcimiento, juzgo equitativo reducirlo a $ 6.500.

"Las costas de esta instancia, por su orden, en razón de prosperar en parte el recurso del demandado.

"Los doctores Barraquero y Mantilla, por razones análogas a las aducidas por el doctor Casares, votaron en el mismo sentido.

"Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que precede, se confirma la sentencia apelada en lo principal; se la reforma en cuanto al monto de la condenación, el que se reduce a la cantidad de $ 6.500; las costas de la alzada por su orden. — Tomás D. Casares. Argentino G. Barrequero. — Rafael D. Mantilla. — Ante mí: Miguel Sánchez de Bustamante".

Cabe destacar de la precitada jurisprudencia argentina, lo siguiente:

a) El valor económico-social de la vida humana, considerada en sí misma y con relación a la familia, sin que para ello se tenga en cuenta el apoyo pecuniario que ésta recibiera de la víctima.

b) El reconocimiento y evaluación por el Juez, del perjuicio material y del moral (de toda clase) globalmente, o sea, del mismo modo que lo hicieron en el presente juicio de Acevedo Torres los peritos doctores Rico y Fischer;

c) El reconocimiento de que la configuración y determinación de estos perjuicios (morales de toda clase, y materiales) no se vician ni se debilitan por el hecho de apoyarse en conjeturas y presunciones que tienen una base **cierta**, derivada, principalmente, del concepto de que se trata en el punto a) que precede y del acto civilmente ilícito, considerado en sí

mismo y en su realidad probatoria procesal, caso, a juicio mío, semejante al en que dictaminaron los doctores Rico y Fischer. La única diferencia consiste en que en el presente, la evaluación de los perjuicios se efectuó aquí por medio de estos doctores como peritos, y en el de la cita, tal evaluación fue hecha directamente por el Juez y por el Tribunal de Buenos Aires en el respectivo juicio civil, en el ejercicio del **arbitrio judice** que les concede la ley de ese país para la reparación o indemnización del daño material y del moral, pero en ambos, con los mismos elementos de juicio a base de presunciones.

De lo que podría deducirse, lógicamente, que la correcta fundamentación de un dictamen pericial de esta clase no se desvirtúa ni altera porque unos peritos se apoyaran en esos mismos elementos de juicio que tuvo en cuenta el juez para configurar la noción del perjuicio, pues ya se sabe que esos elementos de juicio tuvieron también por base lo conjetural, y que si se encontraron aceptables legalmente, su mérito probatorio no proviene, esencialmente, de la facultad que al juez concede aquella ley para que fije por sí mismo el monto o cuantía de la indemnización pecuniaria, sino de que tales elementos de juicio sean en realidad, como se encontró que lo son, idóneos para servir de fundamento a la evaluación de los perjuicios materiales y morales de todo orden, no obstante el carácter conjetural o de presunciones en que se apoyan tales elementos.

Y, a la verdad: en cuál avalúo, en cuál regulación numérica del valor de una cosa no juega siempre un papel preponderante el factor conjetural?

La casa o la hacienda que se avalúan hoy en diez o veinte mil pesos, por ejemplo, puede valer dos o tres mil o el doble de esas primeras sumas en el momento de decidirse la controversia; y no será esa razón suficiente para rehacer o descalificar el avalúo por falta de debida fundamentación.

Que el valor o precio asignado era cierto en el momento del avalúo, en ese caso? Pues no menos cierta es también la base con que puede estructurarse pecuniariamente el perjuicio moral de todo orden según lo que he intentado demostrar en los párrafos precedentes recordando lo expuesto por Planiol y Ripert, y recordando también que el doctor Lozano y Lozano, uno de los redactores del actual Código Penal, expresó al discutirse y aprobarse el artículo 94 de ese Código, que con respecto al daño moral "no hay ninguno que no pueda ser apreciado económicamente", agregando (Acta Nº 106, página 257), que aunque "en el derecho civil el que cause un daño está en la obligacinó de repararlo, sea cual fuere el monto a que ascienda la indemnización", como en la Comisión habían aceptado la innovación de trasplantar del Derecho Privado al Derecho Público la indemnización de los daños, "se puede hacer un esguince al criterio en el ramo civil".

Y parece que fue este **esguince** el que se hizo, efectivamente, al criterio en el ramo civil, cuando se dijo en el artículo 95 del Código Penal que no puede pasar de dos mil pesos "la indemnización" que el juez conceda al ofendido "cuando no fuera fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito", pero dejando al perjudicado que no fue parte en el juicio penal, libre la vía para demandar ante el Juez de lo Civil el monto íntegro de su indemnización si no se conformaba con la cantidad señalada por el Juez de lo Penal, lo que corrobora que la "indemnización" de que trata el artículo 95 del C. P. es puramente provisional, para el juicio penal y en atención a la acción pública que el **delito genera.** (Véanse los artículos 25 y 26 del Código de Procedimiento Penal, con el cual se aclaró toda esa materia del Código Penal y las Actas de las discusiones de la Comisión redactora de aquel Código, págs. 276 a 300, y 312 a 328).

Esta suma de dos mil pesos del artículo 95 del C. P. ha sido excedida, sin embargo, por esta Sala de Negocios Generales en la reciente sentencia, cuya primera ponencia me correspondió, pronunciada el

27 del presente mes en el juicio de Wenceslao Medina Grillo y Beatriz Medina Barrera contra la Nación.

La suma total reconocida en esa sentencia por perjuicios morales "subjetivos o no subjetivados" asciende a seis mil seiscientos pesos ($ 6.600.00) así: dos mil pesos para el viudo Wenceslao Medina, y ochocientos pesos, para cada uno de sus siete hijos, por la muerte de su esposa y madre, respectivamente, señora Ana Barrera de Medina. Con ello, la mayoría de la Sala de Negocios Generales, al formular la segunda ponencia en el fallo a que se refiere, se ha separado de la doctrina recientemente sentada por la Sala de Casación Civil con relación al mismo artículo 95 del Código Penal, en sentencia del 20 de octubre del presente año (juicio de Mario Ojeda y Rosa Julia Castro por perjuicios de todo orden por la muerte de su menor hijo Oscar Ojeda), sentencia en la cual se lee lo siguiente: "Este artículo (el 94) comprendía los perjuicios de afección como lo anotó el doctor Cárdenas, pero como aparecía raro que 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'. (Ib.)

. . . . . .

"El doctor Lozano y Lozano agregó al artículo la palabra '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 a la máxima cuantía de la indemnización, por perjuicios morales no objetivados".

"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 el cargo 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".

Dentro de la rigidez literal del artículo 95 del Código Penal, paréceme que la tesis de la Sala de Casación Civil, expuesta en la precitada sentencia, es la que estaría más conforme con él. Sin embargo, creo que es la de la Sala de Negocios Generales, la que más armoniza con el criterio que regula en asuntos civiles la materia relativa a la reparación de los perjuicios de todo orden causados por el acto culposo, pues si se ha de hablar de analogías y de dejar a **arbitrio judice** el **quantum** de las indemnizaciones, más equitativo y lógico parece buscar, en el campo

de lo puramente civil, la aplicación analógica, como, por ejemplo, a tenor del art. 721 del Código de Procedimiento Civil, que autoriza al juez para hacer por sí mismo, en caso de avalúos, "la regulación que estime equitativa", cuando en caso de desacuerdo entre los peritos se excluye el medio aritmético por exceder de un cincuenta por ciento de la cantidad menor la diferencia de los dos extremos, que buscar esa analogía en el campo del código penal, pues aparte de que la rigidez que éste establece en cuanto al máximum a que puede llegar el juez lo constriñe a no pasar de los dos mil pesos a que alude ese artículo y que en muchos casos se advierte que es muy exigua dada la gravedad del daño moral "subjetivo" ocasionado, hay también la circunstancia de que no deja de ser tema de preocupante estudio, el de averiguar si cabe dentro de nuestra organización jurídica, procedimental y sustantiva, crear un nuevo motivo de casación civil: la no aplicación de un artículo del código penal —el 95— en los juicios civiles sobre indemnización de perjuicios por culpa contractual o extracontractual.

Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos cuarenta y dos.

José M. Blanco Núñez

Manuel Pineda Garrido, Srio.

NOTA — Con el presente número termina el Tomo LIV.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

DECRETO NUMERO 1789 DEL 20 DE OCTUBRE DE 1941, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTICULOS 1º, 2º y 4º — COMPETENCIA PRIVATIVA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS DE INEXEQUIBILIDAD DE LEYES O DECRETOS. — Se declaran exequibles los artículos 1º, 2º y 4º del decreto número 1789 de veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, reorgánico de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional. Magistrado ponente, Dr. José Miguel Arango 391

DECRETO ACUSADO Nº 970 DE FECHA 15 DE ABRIL DE 1942. La Corte se declara inhibida para conocer de la demanda de inexequibilidad del decreto número 970 de quince de abril de mil novecientos cuarenta y dos, por el cual se fija fecha para la instalación de las Asambleas Departamentales, por carencia de materia sobre que fallar. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 395

SALVAMENTO DE VOTO, magistrado doctor Liborio Escallón ... 400

SALVAMENTO DE VOTO, magistrado Dr. José Antonio Montalvo 401

SALVAMENTO DE VOTO, magisgistrado doctor Arturo Tapias Pilonieta 404

SALA PLENA EN LO CIVIL

RENUNCIAS A LOS CONTRATOS SOBRE EXPLORACION O EXPLOTACION DE PETROLEOS. Se niega la petición de declarar válida la renuncia hecha por la Compañía Petrolera de Bogotá del contrato sobre exploración y explotación de petróleos que celebró con la Nación, por escritura pública Nº 2050 de veinte de julio de mil novecientos treinta y ocho. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 406

ACCION PETITORIA DE INTERPRETACION DE UNA CLAUSULA DE UN CONTRATO CELEBRADO ENTRE EL GOBIERNO Y LAS COMPAÑIAS DEMANDADAS. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 8º DE LA LEY 37 DE 1931. — SE DECLARA PROBADA UNA EXCEPCION PERENTORIA. — Se declara probada la excepción perentoria de carencia de acción o de falta de personería sustantiva del Departamento de Cundinamarca, en el juicio que entabló contra la Nación y las sociedades Colombian Petroleum Company y South American Gulf Oil Company. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 427

ACCION PETITORIA DE TERMINACION DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE UN TERRENO PARA EXPLORAR Y EXPLOTAR PETROLEOS.— Se absuelve a la Nación de las peticiones formuladas por la Compañía de Petróleos del Carare, tendientes a obtener el derecho a terminar en cualquier tiempo el contrato celebrado con el Gobierno Nacional para la exploración y explotación de petróleos. Magistrado ponente, doctor José Miguel Arango 432

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SIMULACION.

Págs.

INTERPRETACION DE LA DEMANDA.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario promovido por Liborio, Luis, Juan, Amalia, Rafael y Ana Cuencas contra la sucesión ilíquida e intestada de León Tamayo. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 441

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR PRETENDIDA SIMULACION.— APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA POR EL SENTENCIADOR.—No se casa la sentencia pronunciada el veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y uno por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario adelantado por Dolores Espinosa v. de Zúñiga contra el doctor Juan de Jesús Zúñiga. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza.... 447

RECURSO DE HECHO PARA OBTENER EL DE CASACION—Se considera mal denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo de once de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 454

PERJUICIOS. — No se casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el seis de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario de responsabilidad iniciado por Benilda Morales contra el municipio de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Isaías Cepeda 456

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE PAGO DE PERJUICIOS—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el diez de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio de Federico Uribe R. y Edgard Simmonds contra Manuel Dolores Muñoz. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 460

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA POR PRETENDIDA SIMULACION.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ordinario entablado por Zarina Fernández contra los herederos de Ana María Ternera. Magistrado ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez..... 465

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE BIENES MOTRENCOS.—QUE DEBE ENTENDERSE POR BIENES MOSTRENCOS. SENTIDO JURIDICO DE LA EXPRESION BIENES MUEBLES.—CONDICION JURIDICA DE LAS LOTERIAS.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el cinco de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio sobre bienes mostrencos instaurado por Adolfo Carrizosa. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 469

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ENUNCIACION TAXATIVA DE LAS CAUSALES DE CASACION EN LA LEY.—QUE DEBE ENTENDERSE POR INJUSTICIA NOTORIA. — EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR EL REO NO DEBE ENTENDERSE INTENTADO SINO EN LO DESFAVORABLE AL MIS-

Págs.

MO REO. — EN QUE CASO NO ES VIABLE LA CAUSAL 1ª DE CASACION. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, que impuso a Tomás Berrío la pena de trece años de presidio por los delitos de parricidio y tentativa de uxoricidio. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo.. 478

DELITOS PER SE QUE COMPORTAN CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.—Se declara desierto el recurso de casación interpuesto por Guillermo Vásquez Medina, por falta de fundamentación. Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre 485

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.—Se declara prescrita la acción penal en el juicio seguido contra el ex-administrador de Hacienda Nacional de Puerto Asís, Sr. Anselmo Moreno Reyes. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 488

ACCION PENAL CONTRA LOS JUECES QUE LITIGAN EN CAUSA PROPIA.—Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el nueve de octubre de mil novecientos treinta y nueve, en el juicio que se adelantó contra el ex-juez del circuito de Urrao, doctor Antonio Amézquita Chaparro, por haber litigado personalmente en un juicio. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 491

POR QUE HA CONSIDERADO LA LEY MOTIVO DE NULIDAD EL ERROR EN CUANTO A LA DENOMINACION GENERICA DEL DELITO. — CUANDO PUEDE CONSIDERARSE UN VEREDICTO NOTORIAMENTE INJUSTO. — No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, fechada el veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta, que impuso a Manuel Angel Calderón la pena de veinticinco años de presidio por el delito de uxoricidio. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 494

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION CONTRA LOS AUTOS DE SOBRESEIMIENTO PROFERIDOS POR LOS TRIBUNALES. — Se reconoce la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto de hecho por el Dr. Evangelista Quintana R., contra la providencia del Tribunal Superior de Cali que negó la concesión de tal recurso en el proceso seguido contra Alfonso Salazar y otro. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 497

ASESINATO.—DECISIONES DEL JURADO—Se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el dieciocho de julio de mil novecientos cuarenta y uno, que condenó a la pena de quince años de presidio al señor Miguel Pérez, por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo 499

HOMICIDIO—No se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, el veintitrés de abril de mil novecientos cuarenta y dos, que condenó a José María Sánchez a la pena de ocho años de presidio por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo 503

SE ORDENA LA CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO POR EL DENUNCIO A QUE EL PRESENTE AUTO SE REFIERE.—

Págs.

Se ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Alejandro Gutiérrez Ripoll, magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por el delito de prevaricato de que se le acusó. Magistrado ponente, doctor Manuel Caicedo Arroyo..... 506

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE ACCIONES PROMOVIBLES CONTRA LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO CON MOTIVO DE SUELDOS DEVENGADOS Y NO PAGADOS A LOS EMPLEADOS DE TALES ENTIDADES. — Se confirma el auto de veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio promovido por Ulpiano Urrea contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 509

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—Se niega la reposición del auto dictado por la Sala de Negocios Generales el diez de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en el juicio ordinario de indemnización seguido por Antonio Restrepo Suárez contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán... 512

SE NIEGA LA REPOSICION PEDIDA. — Se niega la reposición del auto de cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, dictado por la Sala de Negocios Generales, en el juicio ejecutivo adelantado por Zoilo Cuéllar Chaves contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 514

DECLARACIONES DE RENTA— Se declara probada la excepción de incompetencia de jurisdicción del Recaudador de Hacienda Nacional de Neiva para liquidar y cobrar ejecutivamente el impuesto sobre la renta, contra la compañía minera "La Primavera". Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 517

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — Se condena al Departamento del Valle del Cauca a pagar a la señorita Ismaelina Mejía, la cantidad de doscientos diez pesos, a que asciende el valor de los sueldos que dejó de percibir como maestra de escuela por haber sido ilegalmente promovida. Magistrado ponente, doctor José M. Blanco Núñez 520

EXCEPCIONES. — RESPONSABILIDAD DE LOS TESOREROS O RECAUDADORES DE RENTA EN CUNDINAMARCA. — Se reforma la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y uno, en el juicio ejecutivo promovido a favor del Municipio de Engativá y contra Luis Beltrán y otros. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 524

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PERJUICIOS CAUSADOS EN LA TRAGEDIA DE AVIACION DEL CAMPO DE SANTA ANA. — AVALUO PERICIAL. — Se reforma el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el ocho de abril de mil novecientos cuarenta, en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios adelantado por Luis Eduardo Acevedo Torres contra la Nación. Magistrados ponentes, doctores José M. Blanco Núñez y Aníbal Cardoso Gaitán..... 529

SALVAMENTO DE VOTO, magistrado Dr. José M. Blanco Núñez. 557

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

TOMO LIV | BOGOTA, 1945 | NUMERO 1992

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LIV

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A

ABUSO DE AUTORIDAD

— 1 —

Se necesita hilar muy delgado para afirmar que cuando un Juez le dice al reo: «Tiempo propicio tendrá para alegar esas pruebas», equivale a emitir concepto sobre el mérito del sumario.

Esa frase no es unívoca sino que puede prestarse a varias interpretaciones. En el presente caso y dado el contexto de la providencia en que ella aparece estampada, es más lógico pensar que el Magistrado consideró la solicitud sobre pruebas como meramente dilatoria, y es claro que jamás deben los Jueces prestarse a maniobras habilidosas tendientes a enervar la acción de la justicia.

El cumplimiento por parte de los Jueces de las disposiciones legales tendientes a evitar la injustificada demora en el trámite de los procesos, no puede tomarse como signo de prejuicio o de parcialidad. (Auto, Sala de Casación Penal, LIV, números 1989 y 1990, septiembre 15 de 1942)..... Pág. 171, 2.ª

ACCIÓN JUDICIAL

— 2 —

De tánta trascendencia en los procesos judiciales es la escogencia de la acción y la manera de enderezarla, que de estas circunstancias depende muchas veces el éxito favorable o adverso de la demanda, ya que la sentencia con que termine el juicio no puede considerarse legalmente como verdadera decisión de la controversia sino en cuanto recaiga determinada y exclusivamente sobre la acción intentada y la manera en que lo haya sido, especialmente la forma en que hayan sido emplazadas las partes para el debate. (Casación, LIV, número 1991, julio 15 de 1942)..... Pág. 444, 1.ª

ACREEDOR PRENDARIO

— 3 —

El tercero de que habla el artículo 18 de la Ley 40 de 1907 no puede ser el acreedor prendario, cuyos derechos de acreedor privilegiado no pueden perjudicarse ni desaparecer por la orden de retención que el Juez le comunique. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 29 de 1942)..... Pág. 95, 1.ª

ACTOS DE GESTIÓN, ACTOS DE IMPERIO

— 4 —

Cuando se trata de obligaciones originadas en el ejercicio o desarrollo de *actos de imperio*, que las entidades administrativas realizan en forma potestativa y soberana, como cuando conceden auxilios, pensiones, recompensas, etc., la exigibilidad por parte de los agraciados está sujeta a las normas del derecho público administrativo, entre las cuales opera la

de que no se puede hacer ninguna erogación que no figure en el presupuesto de gastos. En tanto que, cuando la obligación a cargo de la entidad administrativa procede de actos de gestión ejecutados en la condición de sujeto activo y pasivo de derecho, los cuales en las relaciones con los particulares están sometidos al derecho común, como cuando celebra contratos, o cuando los actos de la Administración son controvertidos en juicio de donde resulten en la sentencia obligaciones a cargo de la entidad pública, entonces la exigibilidad de tales obligaciones sigue la regla general sin que puedan los representantes de la entidad administrativa sustraerse legalmente al cumplimiento de tales obligaciones con la consabida respuesta de que «no se puede pagar todavía porque no hay partida en el Presupuesto». (Sala de Negocios Generales, auto LIV, números 1989 y 1990, julio 7 de 1942)..... Pág. 335, 2.ª

ASIGNACIÓN TESTAMENTARIA MODAL

— 5 —

El artículo 1147 del Código Civil, distinguiendo entre condición y modo, hace ver que en la asignación testamentaria modal el asignatario hace suyo el respectivo objeto de ella, y conforme al artículo 1550, esa disposición es aplicable a las obligaciones, y también lo es el artículo 1148.—La acción que establece el artículo 1325 del Código Civil la confiere al heredero contra terceros, y consiste en capacitarlo para reivindicar las cosas hereditarias que hayan pasado a éstos, es decir, que por no estar ya en manos del heredero putativo no hayan podido recuperarse por el verdadero en su acción de petición de herencia. (Casación, LIV, número 1991, julio 16 de 1942).... Pág. 451, 2.ª

ASIGNATARIO FORZOSO

— 6 —

La simple preterición de un legitimario no puede servir de fundamento a la acción de reforma del testamento. Siempre un asignatario forzoso tiene aptitud y oportunidad durante el juicio sucesorio para hacer valer su derecho preterido, ya que éste lo deriva de la ley y tal alcance tiene el artículo 1276 del Código Civil. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 8 de 1942)..... Pág. 39, 2.ª

AUTOS DE SOBRESEIMIENTO

— 7 —

La Corte encuentra acordes con la ley las razones dadas por el Tribunal sentenciador para negar el recurso de casación en este caso, porque el artículo 599 del Código de Procedimiento Penal dice de modo terminante que la parte civil podrá interponer aquel recurso «contra las sentencias condenatorias.... en lo referente a la indemnización de perjuicios», «en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557», ibídem.

Y en el presente caso el fallo del Tribunal ni es condenatorio ni es sentencia sino un simple auto por medio del cual se confirma el de sobreseimiento dictado por el Juez inferior.

Tal ha sido, además, la jurisprudencia de la Corte sentada en otros fallos. (Auto, Sala de Casación Penal, LIV, número 1991, noviembre 27 de 1942)..... Pág. 498, 1.ª

B

BIENES MOSTRENCOS

— 8 —

El bien mostrenco se diferencia de la *res nullius*, que no pertenecen a nadie y se adquieren por ocupación, y de la *res derelictas*, que el dueño abandona voluntariamente para que las haga suyas el primer ocupante (artículo 699, Código Civil). La especie mostrenca tiene un propietario que en ninguna forma ha expresado su voluntad de desprenderse de su dominio y que posiblemente la busca. El artículo 704 del Código Civil se refiere a cosas muebles que el propietario ha perdido involuntariamente y que por su naturaleza o por sus señales o vestigios indiquen haber estado en dominio anterior, en forma que no pueden ser objeto de ocupación jurídica. En presencia de tales cosas reveladoras de dominio anterior y no abandonadas intencionalmente por sus dueños, la ley dispone una serie de procedimientos encaminados a devolverlas a su dueño, ordenando a quien las encuentre o descubra ponerlas a disposición del propietario si fuere conocido, indagando en el público a quién pertenecen por medio de edictos emplazatorios en que se determinen los bienes con señales inequívocas, y sólo al final de estas inquisiciones dispone reputar tales bienes como mostrencos para adjudicarlos en tal calidad al Municipio dentro de cuyos términos territoriales se encuentren, adjudicación que tiene el carácter de provisoria porque el dueño puede recuperar la especie mientras no haya sido enajenada por el Distrito.—Aunque ciñéndose aisladamente a la clasificación que la ley hace de los bienes podría pensarse, como lo pretende el recurrente, que los derechos personales son susceptibles de llegar a tener la calidad de bienes mostrencos, ya que el artículo 706 del Código Civil solamente requiere al efecto que sean muebles; sin embargo, no resulta aceptable la conclusión si se tiene en cuenta la naturaleza jurídica de la institución de los bienes mostrencos, que así se llaman «porque se deben *mostrar* o poner de manifiesto y pregonar para que pueda su dueño saber el hallazgo y reclamarlos», (Escriche), como de las disposiciones mismas con que la ley los establece y gobierna.—De las dos especies o

clases en que se dividen los bienes (artículos 665 y 667 del Código Civil), solamente los primeros, los que tienen apariencia sensible, según expresión de Josserand, son susceptibles de asumir la condición de mostrencos. No los derechos, que carecen de forma corpórea y sólo se conciben por la inteligencia. Así se deduce de los términos del artículo 840 del Código Judicial. Resulta tan anómalo dentro de la ley y la doctrina hablar de un derecho personal mostrenco, como hablar de bien vacante refiriéndose a la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, alegando que legalmente es un bien inmueble (artículo 667, Código Civil), cuando la ley requiere también perentoriamente para el fenómeno de la vacancia inmuebles corporales que no pueden determinarse sino por su situación y linderos (artículo 840, Código Judicial). Por lo demás, «cuando por la ley o el hombre se usa la expresión *bienes muebles* sin otra calificación», como sucede en el artículo 706 del Código Civil, debe entenderse que sólo se hace referencia a los definidos como tales por esencia y naturaleza en el artículo 655 *ibidem*, esto es, a las cosas corporales que pueden transportarse de un lugar a otro, quedando así excluídas las incorporales y las llamadas muebles por anticipación de que trata el artículo 659 del Código citado. (Casación, LIV, número 1991, julio 30 de 1942)..... Págs. 474, 2.ª, y 475, 1.ª

C

CASACIÓN

— 9 —

En varias decisiones ha sostenido la Corte que dentro de los términos de la causal 2.ª de casación del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal se comprende la acusación que se haga a la sentencia por fundarse en un veredicto del Jurado contrario a la evidencia procesal. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, noviembre 25 de 1942).....Pág. 222, 1.ª

— 10 —

En tratándose de las disposiciones que integran el Título III de la Constitución Nacional, «sobre derechos civiles y garantías sociales», sí es posible que sirvan de base a la casación porque una disposición expresa ha bajado, por decirlo así, tales reglas de la superestructura constitucional a la zona de la simple legalidad, y por ese aspecto las normas de tal Título pueden ser materia de violación y dar lugar a la casación. Así está dicho en el artículo 7.º de la Ley 153 de 1887, dictado en desarrollo y cumplimiento del artículo 49 de la Carta. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 29 de 1942).....Pág. 111, 1.ª

— 11 —

No es causal de casación el hecho de que en una sentencia no se citen las disposiciones legales en que se apoya, aunque es conveniente y hasta necesario hacerlo. Una sentencia puede tener una motivación que sin citar explícitamente un texto legal, contenga la cita de un modo implícito. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 19 de 1942).....Pág. 69, 1.ª

CASO FORTUITO

— 12 —

Hay muchos hechos de la naturaleza de los expresados en el artículo 1.º de la Ley 95 de 1890 que sustentan por sí mismos los caracteres de lo fortuito y pueden ser obstáculo invencible para el cumplimiento de la obligación. El rayo y el terremoto, por ejemplo, son acontecimientos súbitos, que avasallan el poder del hombre. Es difícil escapar a sus efectos aniquiladores y prever el fenómeno. Pero son raros los casos de esta naturaleza que sean siempre y en todo supuesto causas de irresponsabilidad. El naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo citado como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor, a sabiendas, se embarca en una nave averiada, que zozobra y le hace perder lo que debe; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por su naturaleza extraño y dominador, no configuraría un caso fortuito liberatorio del deudor. Es que los caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad y la imposibilidad. De consiguiente, se está bajo el dominio de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumplir su obligación por causa de un evento imprevisible. Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor.

Por ende, en tanto que sea posible prever la realización de un evento susceptible de oponerse a la ejecución del contrato, y que este evento pueda evitarse con mediana diligencia y cuidado, no hay caso fortuito ni fuerza mayor. Sin duda el deudor puede verse en la imposibilidad de ejecutar la prestación que le corresponde, pero su deber de previsión le permitía evitar encontrarse en semejante situación. El incendio, la inundación, el hurto, el robo, la muerte de los animales, el daño de las cosas, etc., son hechos en general previsibles

y que por su sola ocurrencia no acreditan el caso fortuito o la fuerza mayor, porque dejan incierto si dependen o nó de culpa del deudor. Por consiguiente, es racional que el deudor que alegue uno de estos o parecidos acontecimientos, pretendiendo librarse del cumplimiento de su obligación, debe no sólo probar el hecho, sino demostrar también las circunstancias que excluyen la culpa. Y la presunción de culpa que acompaña a quien no ha ejecutado el contrato, no se destruye por la simple demostración de la causa del incumplimiento cuando el hecho así señalado es de los que el deudor estaba obligado a prever o a impedir. Por ejemplo, el robo o el hurto son hechos que se pueden prever y evitar con sólo tomar las precauciones que indique la naturaleza de las cosas. No constituyen caso fortuito sino probando que no obstante aquellas previsiones fue imposible evitar el suceso: como cuando se consuman por un asalto violento que domina la guardia suficiente con que se custodiaba la cosa. Pero cuando la causa del robo queda ignorada, cuando ni siquiera se conoce el autor, entonces no hay derecho a exculparse con el caso fortuito para liberarse de la respectiva obligación. La presunción de culpa sigue pesando sobre el obligado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, agosto 31 de 1942)....Pág. 377, 2.ª

CAUCIÓN DE PERJUICIOS

— 13 —

No existe texto alguno legal que exima a la Nación de prestar la caución de perjuicios a que alude el artículo 845 del Código Judicial. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, abril 29 de 1942).

Pág. 233, 2.ª

CAUSAL DE CASACIÓN PENAL

— 14 —

La causal 1.ª de casación no es viable cuando la sentencia aplicó la disposición penal correspondiente al veredicto del Jurado y sobre los cargos formulados en el auto de proceder. Si lo que se pretende, como en el caso presente, es sostener que hubo error en la denominación del delito, entonces la causal que debería invocarse es la de nulidad. (Casación, LIV, número 1991, septiembre 25 de 1942).

Pág. 481, 1.ª

CERTIFICADOS

— 15 —

Un certificado sólo es medio legal de prueba cuando ha sido expedido con las formalidades legales por un funcionario que ejerza cargo por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, abril 30 de 1942).....Pág. 236, 1.ª

CERTIFICADOS DE REGISTRO

— 16 —

En el certificado de un registrador no quedan ni pueden quedar registradas todas las modalidades y circunstancias de una negociación, en la forma que las partes las expresan en la escritura pública que otorgan ante el Notario. Por eso un certificado no es la prueba directa del dominio, y si en algunas ocasiones puede servir para tal efecto es con el carácter de suplementaria, previa la demostración de la imposibilidad de presentar la escritura pública a que el certificado se refiere. (Artículo 2674, Código Civil). (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 19 de 1942). Págs. 66, 2.ª, y 67, 1.ª

CESIÓN

— 17 —

La confesión no suple el modo de hacer la cesión porque ésta sólo puede hacerse en los términos establecidos por el artículo 33 de la Ley 57 de 1887. Luego la inclusión en una relación de bienes o en unos inventarios, de un crédito cedido por el *de cujus*, no destruye ni desvirtúa ni la cesión ni el contrato que sirve de título a la cesión. (Casación, LIV, número 1990, julio 4 de 1942).....Pág. 8, 2.ª

CESIÓN DE DERECHOS

— 18 —

En principio, y salvo estipulación en contrario o previa aceptación del acreedor, sólo son susceptibles de cesión los derechos activos, v. gr., los créditos personales, la obligación de pagar una suma de dinero, etc. De ahí que contratos bilaterales en que las partes contraen mutuamente obligaciones y prestaciones, no pueden cederse por ninguna de ellas, salvo que el contratante cedente esté autorizado por pacto expreso para hacerla, o que habiéndose solicitado el consentimiento del otro contratante deudor, éste lo hubiera concedido. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 29 de 1942).....Pág. 114, 1.ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

— 19 —

Hay inexactitud en lo absoluto del principio sentado por el señor Procurador de que los delitos *per se* nunca comportarán circunstancias agravantes. Ya había dicho la Corte que «hay delitos *per se* que sí son agravantes». Y sencillamente así es. Empezando por lo más

elemental, las condenaciones anteriores que no abrieran campo a reincidencias computables, se reputaban agravantes en la legislación penal de 1890 (artículos 143, 144 y 145). Y en el Código de 1936 el haber incurrido anteriormente en condenaciones judiciales o de policía es una circunstancia de mayor peligrosidad en cuanto no se haya previsto como modificadora del delito nuevo, por reincidencia que agrave la sanción (artículos 34 y 37). Los ejemplos que cita la Corte en la parte motiva de la sentencia hacen ver que su doctrina no es extravagante. (Casación, LIV, número 1991, octubre 23 de 1942).....Pág. 486, 2.ª

CIRCUNSTANCIAS DE ASESINATO

— 20 —

El auto de enjuiciamiento debe expresar con toda claridad las inculpaciones que se hagan al procesado, y es mejor, cuando el Juez considera que mediaron circunstancias de asesinato, decirlo así. De manera que si no se habla manifiestamente de la existencia de tales circunstancias, tampoco se puede proponer cuestionario al Jurado ni dictar sentencia condenatoria que suponga esas circunstancias. En el caso concreto a que alude el proceso se describieron en el auto de proceder, sin ambigüedad ni atenuaciones, las circunstancias en que fue cometido el crimen. Verdad es que no empleó el vocablo *asesinato*, pero al relatar las circunstancias en que el crimen se consumó, narración que hace parte integrante y esencial del auto, el Juzgado que lo profirió formula implícita pero elocuentemente la inculpación de asesinato.

Tanto el Código de 1890 como el de 1936 consideran que el estado de indefensión y desapercibimiento de la víctima es una circunstancia de asesinato: en el antiguo Código, siempre que fuese unida a la premeditación, y en el nuevo, sin necesidad de que ésta medie. Por tanto, si el asunto se juzga a la luz de la ley vigente ahora, es asesinato, conforme al numeral 5.° del artículo 363; y de acuerdo con el Código viejo, ley coetánea al delito, también es asesinato, por concurrir, con la premeditación, la circunstancia prevista en el numeral 3.° del artículo 586. (Casación, LIV, números 1989, y 1990, septiembre 15 de 1942). Pág. 175, 2.ª, y ss.

CIRCUNSTANCIA MODIFICADORA DE LA RESPONSABILIDAD

— 21 —

El estado de ira en que se cometa un homicidio es circunstancia modificadora si concurre el factor, esencial para la existencia de la modificación, de que ese estado haya sido causado por una provocación de doble índole, o sea, *grave* e *injusta*. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, noviembre 25 de 1942).
Pág. 217, 2.°

— 22 —

Al atacar el recurrente el fallo del Tribunal en cuanto éste apreció los hechos de manera equivocada, negándoles el mérito probatorio que tienen sobre un elemento que exime de responsabilidad al acusado, elemento que es la legítima defensa ejercida por el reo, alude a que el veredicto adolece de injusticia notoria, fenómeno que sí cabe dentro de la necesaria y lógica interpretación de la causal segunda del artículo 567, Ley 94 de 1938, como lo ha establecido la Corte en varias sentencias.

En principio o en tesis general sí pueden concurrir y tener efectividad varias atenuaciones de la sanción, siempre que sean separables en el desarrollo de las peculiaridades que sirvan para diferenciarlas. ¿Por qué, verbigracia, un cargo de homicidio meramente intencional, de los que reprime el artículo 362 del Código, que el Jurado rebaja a la condición de ultraintencional, afirmando también que se perpetró en riña imprevista, no es susceptible de las disminuciones de los artículos 365 y 384? Y el estado de ira o de intenso dolor y la riña imprevista también permitirían las atenuaciones de ambas ocurrencias. Mas cuando la riña, como en el caso concreto de autos, no es sino uno de los factores integrantes de la reacción causada en el ánimo del sujeto grave e injustamente provocado, esa parcial exteriorización del incontenible arrebato que hace surgir el provocador, se engloba en la totalidad del estado de ira o de dolor intenso. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, octubre 9 de 1942). .....Pág. 194, 1.ª

COLEGIO DE SAN SIMÓN DE IBAGUÉ (TÍTULOS DE SUS TERRENOS)

— 23 —

El Estado se había desprendido ya del dominio de los bienes a que alude el proceso cuando por la supresión de los conventos menores por medio de la Ley de 6 de agosto de 1821 expropió todos los bienes de tales conventos, y por medio de los Decretos de 21 de diciembre de 1822, que crearon esos Colegios, los aplicó al sostenimiento de la Escuela de Primeras Letras de Mariquita y del Colegio de San Simón de Ibagué, bajo el patronato del Cabildo de Mariquita y del Intendente del Departamento. Al hacerse tal aplicación no se estableció diferencia o distinción alguna referente a los bienes destinados a ese fin, luego no sólo los que habían sido adquiridos por los conventos suprimidos por la mera liberalidad de los fieles, sino aun los que adquirieron a título oneroso, pasaron a servir esa finalidad: el fomento o difusión de la instrucción pú-

blica. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, agosto 26 de 1942).....Págs. 317 y ss.

COMPETENCIA EN ASUNTOS DE PRESTACIONES SOCIALES

— 24 —

Es jurisprudencia reiterada de la Corte la de que dada la especialidad y el carácter de excepción del artículo 1.º de la Ley 45 de 1939 respecto de las disposiciones generales del Código Judicial, ha de concluírse que deben conocer los Jueces de los negocios a que aquél se refiere por el procedimiento verbal y teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de las mismas. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, abril 29 de 1942).....Pág. 229, 2.ª

— 25 —

De acuerdo con la Ley 45 de 1939, el conocimiento de los juicios sobre prestaciones sociales corresponde a los Jueces, por procedimiento verbal, y teniendo en cuenta únicamente la cuantía del asunto y la vecindad de las partes, sin consideración a la calidad de las mismas. (Sala de Negocios Generales, auto, LIV, números 1989 y 1990, abril 29 de 1942).
Pág. 231, 2.ª

COMPLICIDAD

— 26 —

La complicidad de un concurso recíproco es de la especie principal, generadora de la codelincuencia, que pertenece al grado de los coautores. Y es la verdad jurídica y legal que X y los demás reos no obraron en concurso recíproco cuando X dio muerte a Z. Pero el Jurado, desconociendo el concurso recíproco de los seis delincuentes, atribuyó a X la condición de único autor material responsable del homicidio, y fijó la calidad de simples cómplices o cooperadores secundarios para los cinco compañeros de X, con un criterio inspirado en la lógica de los sucesos humanos, pues nada más natural era sobreentender que el numeroso grupo de ladrones tuviera el preconcebido propósito de matar a quien tratase de impedir el robo concertado que iban a ejecutar de noche y en un paraje solitario. Pudo el Jurado disponer en conciencia de una base capaz para la deducción de la complicidad, y si el señor Procurador admite como probable y posible la *hipótesis* de la confraternidad intencional homicida, impersonificada pero real contra cualquiera de los moradores de la hacienda *San Rafael,* y si él se acoge, más bien, a la *suposición* de que el homicidio fue «una resultante casual u ocasional no prevista ni concertada entre los asaltantes», suposición de jurista que pone en juego su criterio legal, ¿por qué y cómo privar a los Jueces de hecho —dentro de lo racional libres para adquirir su convencimiento, sin sujeción a medios de prueba preestablecidos— de la facultad que aquí ejercitaron al creer en la posible y probable hipótesis que desechó el señor Procurador Delegado? El meritorio estudio de la Procuraduría no conduce a la injusticia notoria del veredicto pues veredicto notoriamente injusto es el que repugna a la evidencia. Y en lo judicial la evidencia no puede ser sino la prueba plena de un hecho; luego la notoria injusticia de un veredicto consiste en que se oponga a esa plena prueba. La *ausencia de pruebas* de un convenio de los compañeros de X para matar no es la plena prueba de la *inexistencia* de la cooperación, de donde se desprende el aserto de que el veredicto no es contrario a lo evidente. (Es de advertir que la causal de injusticia notoria alegada por el señor Procurador Delegado en lo Penal se circunscribió a los reos que acompañaron a X en lo que toca con el homicidio en la persona de Z). (Casación, LIV, números 1989 y 1990, noviembre 2 de 1942).....Pág. 213, 2.ª

CONCURSO DE ACREEDORES

— 27 —

El artículo 1856 del Código Civil no establece una verdadera prohibición que venga a constituir objeto ilícito, generador de nulidad absoluta, sino que condiciona la validez del contrato al lleno de determinadas formalidades, en consideración, no a la naturaleza del acto, sino a la calidad o estado de una de las personas que intervinieron en él. La interpretación de que la acción de rescisión corresponde únicamente a los acreedores del concursado es errónea, porque es innegable que el deudor tiene también un interés evidente, no sólo en que el valor de los bienes alcance para cubrir todas sus deudas, a fin de quedar libre de ellas en el futuro, sino en que le sobre algo con el cual podría beneficiarse, a lo que se agrega que no obstante la cesión el deudor conserva el dominio de los bienes, y sólo se transfiere a los acreedores la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos, conforme al artículo 1678 del Código Civil, lo que está indicando que él tiene verdadero interés jurídico en que los bienes se realicen en las mejores condiciones posibles. Así, pues, estima la Corte que tanto el deudor como los acreedores pueden, tratándose de un concurso, ejercitar las acciones sobre nulidad relativa que pueda afectar las enajenaciones de bienes pertenecientes a ese concurso. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 11 de 1942).....Págs. 42, 1.ª y 2.ª

CONFESIÓN DEL PROCESADO

— 28 —

Los efectos de la confesión son distintos en materia civil y en materia penal; en ésta las afirmaciones y negaciones del que confiesa se analizan en su individualidad como en su relación íntima, y se confrontan con los demás elementos de prueba del proceso.

El juzgador debe investigar si las aserciones que hace el procesado son verdaderas, y del examen prolijo deducir si el inculpado merece ser creído en sus justificaciones. Debe con el pensamiento eliminar —merced al auxilio que le puedan prestar al efecto las presunciones o las demás pruebas directas o indirectas— las posibilidades que debilitan la confesión para obtener en cuanto sea posible la evidencia de si el reo ha pretendido mentir o nó.

El dicho del sindicado debe aceptarse en toda su integridad cuando no hay elemento alguno en el proceso que lo infirme y cuando, por otra parte, esas mismas comprobaciones lo hacen verosímil. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, octubre 27 de 1942).

Págs. 206, 1.ª y 2.ª

CONTRATO DE TRABAJO

— 29 —

Es doctrina de la Corte la de que todas las cuestiones referentes al contrato de trabajo deben tramitarse de manera breve y sumaria y no por el procedimiento ordinario. Así lo dijo la Corte en sentencia de casación del 31 de mayo de 1940, cuya doctrina reproduce y confirma. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 20 de 1942).....Pág. 77, 2.ª

D

DECLARACIONES DE RENTA

— 30 —

De acuerdo con el artículo 9.º de la Ley 78 de 1935, el impuesto sobre la renta a cargo de las personas jurídicas debe liquidarse y cobrarse por el Recaudador del lugar en que dichas personas «tengan el asiento principal de sus negocios», el cual se determina, según disposición expresa del artículo 5.º del Decreto 818 de 1936, reglamentario de dicha Ley, «por el lugar en donde funciona la gerencia o administración general» de tales negocios. Ni aun sobre la base de que una sucursal o agencia de una sociedad domiciliada en el país presente su declaración de renta ante el Recaudador del lugar en que funciona dicha sucursal o agencia, la ley permite que este funcionario proceda a liquidar el respectivo impuesto, ya que sobre el particular rige el artículo 2.º del mencionado Decreto. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, número 1991, septiembre 21 de 1942).....Pág. 517, 2.ª

DECRETO ACUSADO NÚMERO 970 DE FECHA 15 DE ABRIL DE 1942

— 31 —

Ha sido unánime la jurisprudencia de la Corte, desde hace treinta años, en el sentido de declarar que no deben pronunciarse decisiones de fondo sobre la exequibilidad o inexequibilidad de leyes o decretos ya derogados, que no estén vigentes o que hayan dejado de tener eficacia por haberse llenado el fin para que fueron dictados. Tal el Decreto acusado. Es que el fin de toda acción de inexequibilidad es el restablecimiento del imperio constitucional, que se considera perturbado por el acto acusado, es decir, evitar que éste se ejecute o se continúe ejecutando, y tal restablecimiento es práctica u objetivamente innecesario, aun suponiéndolo contrario a la Constitución, cuando siendo de carácter *transitorio* dicho acto —como en el caso del Decreto acusado— alcanzó o consumó ya completamente el objeto que perseguía, pues si al tiempo de fallar no están en vigor la ley o el decreto acusados, porque hayan sido derogados, o porque hayan llenado íntegramente los fines para que fueron dictados, el orden constitucional, si bien temporalmente quebrantado, se ha restablecido automáticamente, ya que el acto violatorio no tendrá fuerza ni eficacia en lo porvenir, y en tal evento, no persistiendo el menoscabo de la norma suprema, el fallo de la Corte no vendría a restablecer el imperio de la Carta y no se cumpliría así la misión que ésta señala. (Sentencia, Sala Plena, LIV, números 1989 y 1990, noviembre 24 de 1942).

Págs. 396, 1.ª y 2.ª

DECRETO NÚMERO 1789 DEL 20 DE OCTUBRE DE 1941, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL EN SUS ARTÍCULOS 1.º, 2.º Y 4.º—COMPETENCIA PRIVATIVA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LAS DEMANDAS DE INEXEQUIBILIDAD DE LEYES O DECRETOS

— 32 —

De una manera definitiva ha decidido la Corte que es a ella y no al Consejo de Estado a la que corresponde fallar definitivamente las demandas de inconstitucionalidad de cualquier ley o decreto acusados por quebrantamiento de la Carta, ya que en sentencia de fecha 7 de julio de 1942 se declaró inexequible el artículo 62 de la Ley 167 de 1941.

El Decreto acusado fue dictado por el Presidente de la República haciendo uso de la facultad legal que se le confirió especialmente por el parágrafo del artículo 21 de la Ley 41 de 1915, para reglamentar y organizar la Caja de Gratificaciones y Recompensas y la de

Fondos Especiales de la misma Policía, de suerte que el Gobierno no ejercitó en el caso a que alude la demanda de inexequibilidad la facultad constitucional que le confiere autorización para reglamentar la ley, sino una meramente legal especialísima y *sui generis* que no tiene el carácter de extraordinaria ni *pro tempore*, otorgada de conformidad con el artículo 69 de la Constitución Nacional, ordinal 9.°, sino la del 8.° Así lo dijo la Corte en sentencia del 5 de octubre de 1939, al estudiar el parágrafo citado. Si, pues, el Presidente ejercitó la facultad legal al reglamentar la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, no obró como órgano legislador, sino que cumplió un mandato que la ley le había impuesto, y por ello no puede decirse que se haya violado el texto constitucional que preceptúa que es al Congreso únicamente a quien le corresponde la facultad de hacer leyes. No puede sostenerse, como lo dice el demandante, que el Ejecutivo, al dictar el Decreto mencionado, invadiera las esferas del Poder Legislativo, porque se ha visto que ese Decreto se dictó en virtud de expreso mandato de la Ley 41 de 1915. El Decreto acusado no prohibe el ejercicio de las profesiones a los ciudadanos colombianos; con él no se quiso legislar en el sentido de ejercitar una función privativa del Organo Legislativo, sino simplemente la de organizar la Caja de Gratificaciones y Recompensas, que es función atribuída por la misma Ley al Presidente de la República. De lo cual se concluye que el Decreto acusado es exequible por no haber violado ninguna de las disposiciones de la Carta Fundamental que el actor citó en su demanda. (Sentencia, Sala Plena, LIV, números 1989 y 1990, noviembre 13 de 1942).....Págs. 393, 1.ª y 2.ª

DEFUNCIÓN

— 33 —

La partida de defunción no es la única prueba que la ley admite para probarla, pues puede hacerse por medio de testigos, de conformidad con el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal. (Casación, LIV, número 1991, diciembre 5 de 1942).....Pág. 503, 2.ª

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

— 34 —

Para que los Jueces Municipales puedan conocer de delitos contra la propiedad son necesarios dos factores inseparables: que la infracción tenga arresto o prisión no mayor de cuatro años, y que la cuantía exceda de veinte pesos y no pase de doscientos. La cantidad de pena para fijar la competencia de esos Jueces no es la que el fallo determine sino la que el Código señale, lo cual resulta evidente por la frase que emplea el ordinal 2.° del artículo 48 de la Ley 94 de 1938, al hablar de delitos que *están reprimidos* con arresto o prisión *no mayor de cuatro años*. Y el artículo 402 del Código Penal que el fallo recurrido aplicó, trae para el robo simple prisión de *ocho meses a seis años*, pena mayor que el límite máximo de aquel ordinal 2.°

En el caso del actual proceso no se trata de *robo*, por no estar comprobada la violencia a las cosas, sino del delito de *hurto*, también de competencia de los Jueces de Circuito en atención a la pena (artículos 397 y 398, numeral 4.°, del Código Penal). (Casación, LIV, números 1989 y 1990, octubre 1.° de 1942).

Págs. 186, 1.ª y 2.ª

DEMANDA

— 35 —

Como lo ha dicho la Corte en otras ocasiones, «todo proveído que se dicte cambiando o alterando la causa de la demanda es un proveído sorpresivo». La causa de la demanda no debe variarse, sino armonizar ésta con aquellas normas legales que hayan sido invocadas y que le sean aplicables, a fin de no dictar una resolución sorpresiva. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 29 de 1942).....Pág. 113, 1.ª

DEMANDA—SU INTERPRETACIÓN

— 36 —

La facultad que tiene el sentenciador para interpretar la demanda no puede moverse en campo ilimitado y arbitrario y no procede sino en casos en que los términos en que aparezca concebida la demanda permitan esta labor exegética que de ningún modo puede llevarse hasta la desestimación de sus declaraciones categóricas. Se ha autorizado con este sentido y este alcance en casos, por ejemplo, de equivocada denominación de la acción o de error en la cita de preceptos legales en que se diga fundarla cuando el derecho en realidad existe bajo otras denominaciones y siempre que las circunstancias de hecho y los llamados presupuestos procesales hayan quedado adecuadamente establecidos en la demanda base de la litis y pauta de la sentencia. (Casación, LIV, número 1991, julio 15 de 1942).....Pág. 445, 2.ª

DEMANDADO

— 37 —

Es bien sabido que cuando ocurre el fenómeno de la litis-consorcio necesaria pasiva, es decir, cuando la parte demandada está formada por dos o más personas, si un litis-consorte acepta las peticiones del actor y el otro u otros niegan y se oponen, los hechos fundamentales de la acción y el derecho invocado deben ser plenamente establecidos en el juicio

para que la acción prospere. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, julio 13 de 1942).

Pág. 147, 1.ª

DESLINDE

— 38 —

Como ya lo había dicho la Corte en sentencia de fecha 21 de agosto de 1935: «El juicio de deslinde tiene por objeto la fijación de la raya que separa dos propiedades, pero esa acción no es indispensable como cuestión previa para que se pueda entablar y pueda prosperar un juicio de dominio, puesto que, como ya quedó expresado, hay muchos medios probatorios para establecer la identidad de una finca que es base de la acción reivindicatoria». (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, agosto 27 de 1942).

Pág. 366, 2.ª

DICTAMEN PERICIAL

— 39 —

Conforme al artículo 721 del Código Judicial, no es lo mismo la apreciación pericial sobre hechos respecto de los cuales los expertos se pronuncian según sus conocimientos, por su profesión, que cuando aluden a puntos tocantes con avalúos o regulaciones en cifras numéricas, pues en este último caso, a diferencia del primero, además de ser uniforme el experticio para que valga como prueba, debe ser explicado *y debidamente fundamentado*. Fundamentado y explicado, en la materia a que se contrae, equivale a su fundamentación y explicación dentro del campo de las relaciones económicas o patrimoniales resultantes de los datos que suministran las demás pruebas aportadas al juicio. Una estimación global que no se halle debidamente fundamentada, no es prueba. Para fundar debidamente una estimación económica de los perjuicios causados por un accidente, es preciso, si se trata del daño moral objetivado y del daño material, puntualizar los elementos y factores en juego, de aquella especie económica, que sirvan para deducir de un modo preciso y concreto, o dentro de las posibilidades de cálculo admitidas para apreciar el daño futuro, cuál es ese monto seguro o probable a que asciende el perjuicio. En el caso de los perjuicios que se causan por la muerte violenta de una persona, es necesario hacer una estimación de la probable duración de la vida del occiso, conforme a las tablas sobre duración probable de la vida humana que emplean las compañías aseguradoras y teniendo en cuenta la edad. Con esta base los peritos deben hacer el cómputo del monto del perjuicio material y del moral objetivado, en lo que se refiere al lucro cesante, o sea la merma de la producción económica del lesionado. Y ese cómputo debe basarse en las pruebas sobre la normal productividad económica a que quedó sometido después de él, para fijar de ese modo la merma o disminución en aquélla, o sea el lucro cesante. Y asimismo el daño emergente, que consiste en el detrimento anterior o actual causado al demandante en su patrimonio material y en el moral objetivado. Esta apreciación o detalle de los varios renglones que integran el daño moral objetivado y el material es indispensable para que pueda admitirse que un dictamen estimatorio de ellos se encuentra debidamente fundamentado. Una apreciación global, no discriminada, puede ser justa esencialmente, pero indudablemente es arbitraria en su aspecto formal y comprobatorio, el que desde luégo que se trata de una estimación de un daño que por su naturaleza es susceptible de acreditarse, exige o requiere por lo mismo tal comprobación. No ocurre lo mismo cuando se trata del daño moral subjetivo, el que por su naturaleza no permite evaluación económica y comprobación procesal. Atendiendo principalmente a este motivo, la Sala de Negocios Generales ha venido sustentando la tesis jurisprudencial, con la cual ha estado también de acuerdo la Sala de Casación Civil, que aquel daño moral no objetivado no puede ser objeto de avalúo ni de indemnización compensatoria que acreciente el patrimonio económico de la persona lesionada, y que en este evento cumple aplicar una norma de legislación positiva colombiana, el artículo 95 del Código Penal, que permite al Juez fijar prudencialmente una suma hasta de dos mil pesos por concepto del daño que no puede ser estimado por medio de avalúo de peritos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, número 1991, noviembre 30 de 1942).....Págs. 539, 2.ª, y ss.

E

EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

— 40 —

Se entiende por efectos de las obligaciones los derechos que confiere la ley al acreedor para exigir y asegurar el cumplimiento oportuno y total de la obligación por parte del deudor. Para cumplir estos fines, o sea los efectos de las obligaciones, se dictó el artículo 1610 del Código Civil, es decir, para obligar coercitivamente al deudor al cumplimiento de su obligación, lo que vale decir que esa disposición se refiere al cumplimiento forzoso de la obligación que tiene su nacimiento en alguna de las cuatro condiciones enumeradas en el artículo 1494. De estas premisas se desprende que los casos señalados en los numerales 1.º, 2.º y 3.º del artículo 1610, son los medios que la justicia pone en manos del acreedor, a su elección, para la ejecución forzada de la obligación, pero sólo para su cumplimiento, lo que no excluye ni podía excluir que el acreedor opte, no por hacer cumplir la obligación, sino por resol-

verla, pues sería insólito que éste quede permanentemente ligado por un vínculo jurídico indisoluble a pesar de que el deudor estuviera constituído en mora, y que en esta mora no le quedara vía legal que la de la ejecución forzada cuando el acreedor no desea el cumplimiento de la obligación sino su extinción, contrariando el principio general de que los contratos bilaterales pueden resolverse por incumplimiento de una de las partes, cuando no optan por su ejecución. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 11 de 1942).....Pág. 47, 1.ª

EJECUCIONES FISCALES

— 41 —

El artículo 40 del Código Postal y Telegráfico vigente es una disposición especial perteneciente al servicio de correos. De ahí que ella extienda también su fuerza a los contratistas de conducción de correos, que contractualmente se obligan a obedecer todas las normas concernientes a ese servicio. Por manera que no porque el precepto se refiera a los empleados públicos, deja de tener aplicación cuando el agente del Gobierno es un contratista, pues éste se vincula a la disposición por el contrato, y además, por la misma índole del servicio público en que voluntariamente y con remuneración compensatoria se ha dispuesto a colaborar. Así, pues, los Jueces de Ejecuciones Fiscales tienen competencia para ejecutar las resoluciones a que ese artículo se refiere, y si ese artículo no fuese suficiente, estaría también el 3.º del Decreto 1315 de 1936. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, agosto 31 de 1942)....Pág. 373, 1.ª

EJERCICIO DEL CARGO

— 42 —

Los funcionarios públicos, especialmente los del Poder Judicial y los del Ministerio Público, no están obligados a demostrar el carácter con que actúan cuando en ejercicio de sus funciones oficiales se dirigen a otros funcionarios. Al contrario, la buena marcha y expedición en el servicio público rechazan la idea de que cada vez que un funcionario público actúa en calidad de tál y en ejercicio de sus funciones oficiales, tenga que estar demostrando previamente, sea ante los particulares o ante los demás funcionarios a quienes se dirija, esa calidad. Desde que se asume una función de carácter oficial es porque se tiene el derecho de ejercitarla, mediante el nombramiento y la toma de posesión del respectivo empleo, y la sociedad debe descansar tranquila en que ello es así, ya que si se le engaña por un falsario o por un particular que abusivamente y sin derecho se arroga el título de funcionario público, de que en realidad carece, el hecho está constituído en delito que sanciona el Código Penal; entonces los particulares y las autoridades que tengan conocimiento del delito están obligados a denunciarlo y a desconocer la autoridad del impostor. Por eso la misma gravedad de la falta debe alejar la idea de que se está cometiendo cuando un funcionario público actúa en calidad de tál y en ejercicio de funciones propias de la investidura con que se presenta, lo que también hace que se le dé fe y se presuma que ejerce válidamente la función. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, julio 30 de 1942).....Pág. 282, 2.ª

EMBARGO DE BIENES MUEBLES

— 43 —

Tratándose de bienes muebles, el embargo se confunde propiamente con el depósito o secuestro de ellos, y mientras no se verifique éste puede decirse que no hay embargo. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 29 de 1942).....Pág. 95, 1.ª

EMPLAZAMIENTO

— 44 —

La falta de citación o emplazamiento, en la forma legal, de las personas que han debido ser llamadas a juicio, es causal de nulidad en todos los juicios y, por su importancia, porque es esencial esa citación o emplazamiento, refluye esa nulidad en casación cuando no se hace.

El numeral 3.º del artículo 448 del Código Judicial no puede interpretarse de una manera tan irrestricta que confunda una informalidad con la falta de citación, cuando ésta aparece de bulto en los autos.

(Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 13 de 1942).....Pág. 58, 1.ª

ERROR EN LA DENOMINACIÓN GENÉRICA DEL DELITO

— 45 —

La ley ha considerado motivo de nulidad el error en cuanto a la denominación genérica del delito, porque en el llamamiento a juicio debe determinarse la clase de infracción punible con la claridad necesaria a fin de que el procesado sepa a ciencia cierta de qué cargo debe defenderse. En el caso de que trata la sentencia recurrida, el error del juzgador consistió en un exceso de claridad: no se contentó con expresar la denominación genérica sino que empleó la específica. Ahora: perteneciendo la especie de parricidio al género homicidio, no se ve por dónde pudo haber error en la denominación genérica, ya que el hecho no se presta a ambigüedades.

Varias veces ha dicho la Corte que no se puede, con el criterio de tarifa legal de pruebas,

considerar injusto un veredicto ni, menos, notoriamente injusto, pues basta que tenga un fundamento razonable en el proceso. (Auto, Sala de Casación Penal, LIV, número 1991, noviembre 4 de 1942).....Pág. 495, 2.ª

EXCEPCIONES

— 46 —

Las nulidades de procedimiento no son hechos exceptivos. Estos deben ser hechos que se oponen a la obligación misma, conforme al artículo 328 del Código Judicial. Con la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción del Juez no puede pronunciarse sentencia de excepciones. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, mayo 11 de 1942).
Pág. 242, 2.ª

EXCEPCIONES EN JUICIOS POR JURISDICCIÓN COACTIVA

— 47 —

La Corte no es la autoridad competente para juzgar en definitiva de los fallos administrativos, los cuales tienen sus recursos propios ante el Consejo de Estado, al tenor de lo prescrito por el artículo 7.º de la Ley 42 de 1923. 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 carácter estrictamente administrativo en que se contemplan problemas ajenos a la jerarquía judicial para las cuales creó la ley una jerarquía especial: la de los Tribunales Contencioso-Administrativos. A las autoridades judiciales que conocen del incidente de excepciones, promovido para el pago de un alcance, les basta la resolución administrativa con carácter de ejecutoria, 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 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. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, mayo 11 de 1942).....Pág. 239, 2.ª

EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN

— 48 —

La exigibilidad de una obligación es la calidad que la coloca en situación de pago o solución inmediata, por no estar sometida a plazo, condición, o modo, esto es, por tratarse de una obligación pura, simple y ya declarada. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, agosto 31 de 1942.
Pág. 383, 1.ª y 2.ª

G

GUARDA DATIVA

— 49 —

El conocimiento de causa que para el discernimiento de la guarda dativa exigen los artículos 824 del Código Judicial y 14 de la Ley 45 de 1936, se refiere al mérito de las pruebas, o la obligada intervención de las personas o funcionarios (parientes, agentes del Ministerio Público) designados por la ley, conforme al artículo 1203 del Código Judicial, a la prueba de los hechos en que se funda la solicitud. (Auto, Sala de Casación Penal, LIV, números 1989 y 1990, septiembre 15 de 1942).
Pág. 179, 2.ª

H

HIJOS NATURALES

— 50 —

Los hijos ilegítimos que no son espurios pueden ser reconocidos y adquirir, por tanto, la calidad de naturales respecto del padre reconocedor. Cuando adviene el reconocimiento se produce consecuencialmente ese estado civil, y sin él subsiste la calidad de simplemente ilegítimos. Ilegítimos son unos y otros, y a los reconocidos no les cambia esta calidad, lo que implicaría salir de este grupo para pasar al de los legítimos. Así, pues, un hijo ilegítimo que de suyo lo es *simplemente*, puede, subsistiendo su ilegitimidad, pasar a ser hijo natural, en cuanto su padre lo reconozca con las formalidades legales, que son un acto testamentario o un instrumento público entre vivos. Por consiguiente no tiene cabida en la ley la posibilidad de que un hijo reconocido en tal forma por su padre siga siendo simplemente ilegítimo, porque la ley determina y señala para el reconocimiento consecuencias que los particulares no pueden impedir, siendo así que ellas, por referirse al estado civil, son de orden público. En el caso a que se refieren los autos, si el testador quiso que sus hijas mencionadas en él permanecieran simplemente ilegítimas, debió callar su filiación; pero como la confesó, la advertencia de ser ellas hijas suyas *simplemente ilegítimas*, expresión sin cabida lógica en fuerza de lo an-

terior, puso a los efectos legales de su confesión una cortapisa inadmisible. Una vez que las mencionó como sus hijas simplemente ilegítimas las reconoció implícitamente como sus hijas naturales. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, julio 10 de 1942). Pág. 132, 2.ª, y ss.

II

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERÍA

— 51 —

El artículo 448 del Código Judicial contempla el caso de ilegitimidad en la personería: 1.° Cuando la persona (demandante o demandado) carece de capacidad para actuar en un proceso — sea por su edad, o por estar demente, o en interdicción de administrar sus bienes— etc. 2.° Cuando su representante legal o convencional esté incapacitado para actuar como tál, por no llenar los requisitos que exige la ley a los abogados, o por ejercer un poder mal conferido, o por ejercitarlo en asunto que no le corresponde, etc. Lo que la ley tacha de acto vicioso en el artículo 448, ordinal 2.°, es el proceso seguido a persona o contra persona incapaz, o por individuo sin facultades intrínsecas para presentarse como actor o como apoderado. En manera alguna puede decretarse una nulidad por carencia de interés de la persona que vendió todos sus derechos en una sucesión cuando se le intimó el mandamiento ejecutivo. Es este un punto que en nuestra legislación civil no cabe como causal de nulidad. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, agosto 8 de 1942).

Pág. 346, 1.ª

IMPEDIMENTO PARA DESEMPEÑAR EL CARGO DE JURADO

— 52 —

La ley ha establecido inhabilidad para desempeñar el cargo de Jurado en toda causa (artículo 76 de la Ley 100 de 1892) e impedimento para desempeñarlo en determinada causa (artículo 243, Ley 57 de 1887); entre estos últimos está el parentesco dentro de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Con esto lo que la ley ha querido es garantizar la imparcialidad del fallo de los Jurados eliminando determinadas causas de influencia por interés, afecto, desafecto, sin que por esto estén impedidos para figurar en la lista de Jurados. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, noviembre 25 de 1942)..... Pág. 215, 2.ª

IMPUESTO DE TIMBRE NACIONAL

— 53 —

El impuesto de timbre nacional que gravaba los dictámenes periciales en los juicios ordinarios, de conformidad con el artículo 1.°, ordinal 42, del Decreto legislativo número 92 de 1932, fue suprimido por el artículo 33 de la Ley 78 de 1935, disposición ésta que redujo el gravamen y lo limitó a los juicios sucesorios, y entró en vigencia desde mucho antes de iniciarse el juicio en que se emitió el dictamen pericial a que alude el proceso. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, mayo 30 de 1942)..... Pág. 251, 1.ª

IMPUESTOS

— 54 —

La solidaridad en el pago no proviene del carácter, ni de la cantidad de los bienes materiales o de los efectos económicos o patrimoniales de una herencia, sino de la relación jurídica de la persona respecto de la herencia. Pero mientras no aparezca ante el empleado recaudador, en los juicios sucesorios, la persona o personas que han de continuar desempeñando el puesto que le corresponde al heredero, éste se halla obligado ante la ley al pago de los impuestos. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, agosto 8 de 1942)..... Pág. 347, 1.ª

INDICIOS

— 55 —

En lo indicial debe distinguirse entre el hecho constitutivo del indicio, el hecho constitutivo de la deducción que de él se deriva y la ilación o conexión que entre los dos se establece para reputar demostrado el segundo en virtud de la comprobación del mismo. Lo que ha solido llamarse soberanía de los Tribunales en la estimación de las pruebas, se conserva en la ley con las atenuaciones que corresponden a la posibilidad de que el quebranto de disposiciones sustantivas provenga de error en su apreciación, el que puede ser de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, o de derecho. Es así como se sostiene la diferencia, sobre la cual siempre ha velado el legislador, entre la casación y la instancia. Si, por ejemplo, a un indicio o conjunto de indicios el Juez encuentra o niega su fuerza demostrativa de cierto hecho, bien puede el Tribunal concordar o discordar y, consiguientemente, confirmar o revocar lo que sobre esa base el Juez haya decidido. Pero en el recurso de casación, que no es una tercera instancia, la Corte no puede proceder con la sentencia del Tribunal como éste con la del Juzgado amplia y libremente, sino que ha de ceñirse a los límites aludidos. (Código Judicial, artículo 520, motivo 1.°, inciso 2.°). La redacción de los artículos 663, 664 y 665 del Código Judicial corrobora el concepto de la soberanía de los Tribunales en la labor de orden psíquico encaminada a pesar la fuerza de cada indicio, y la del conjunto de ellos en

relación con su alcance probatorio respecto del hecho que de ellos ha de derivarse o se pretende derivar. (Casación, LIV, número 1991, julio 16 de 1942)..... Págs. 449, 1.ª y 2.ª

— 56 —

Es doctrina constante de la Corte, que no ha sufrido la menor modificación, la de que cuando se trata de valorar y estimar la prueba indiciaria no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugna a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se deduce rectamente esto de las normas que modelan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 662 del Código Judicial. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios, sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugna con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, julio 13 de 1942)..... Pág. 148, 2.ª

— 57 —

En la apreciación de los indicios es soberano el sentenciador. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 7 de 1942)..... Pág. 33, 1.ª

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

— 58 —

Las causales de casación están taxativamente enunciadas por la ley, y entre ellas no figura la supuesta intervención del Juez de derecho en la deliberación del Jurado.

Sin mayor esfuerzo se ve que hay grave error al hacer el siguiente razonamiento: el Juez de derecho intervino en la confección del veredicto; esto constituye una irregularidad, luego el veredicto es notoriamente injusto. Aun suponiendo que estuviera demostrada la ingerencia del Juez en la decisión del Jurado, punto que en otro lugar de la sentencia se examina, podría ponérsele el estigma de ser apócrifo, de no emanar de los Jueces de conciencia, pero ello no implicaría injusticia ni menos injusticia notoria, pues ésta consiste en una oposición evidente entre el veredicto y la realidad, un veredicto contrario abiertamente a las pruebas.

Como lo observa el señor Procurador, sería el caso de casar la sentencia recurrida por hallarse el fallo en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder y con el veredicto del Jurado, si no fuese porque en el caso presente el recurrente es el reo y porque es jurisprudencia unánime de la Corte que aquel recurso extraordinario no puede hacer más gravosa la situación del procesado, cuando ha sido éste quien alega la casación. (Casación, LIV, número 1991, septiembre 25 de 1942). Pág. 481, 1.ª

INSPECCIÓN OCULAR

— 59 —

La diligencia de inspección ocular extrajuicio, practicada sin citación personal de la parte contra quien ha de aducirse, no tiene mérito probatorio contra dicha parte. (Artículo 731, Código Judicial). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, abril 30 de 1942)..... Pág. 236, 1.ª

INTERESES DE MORA

— 60 —

La exigibilidad de una obligación a cargo de la Nación y la mora para los fines de cobrar intereses, si a ello hubiera lugar, no tienen cabida sino desde el momento en que esa obligación se reconoce por sentencia ejecutoriada a cargo de la Nación y ésta se niega a efectuar el correspondiente pago. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, mayo 30 de 1942)..... Pág. 251, 2.ª

INTERPRETACIÓN DE LA LEY

— 61 —

La ley no considera como infracción penal la interpretación, más o menos errónea, de la ley civil. (Auto, Sala de Casación Penal, LIV, números 1989 y 1990, septiembre 15 de 1942). Pág. 181, 2.ª

INVENTARIOS

— 62 —

Es doctrina constante de la Corte la de que la diligencia de inventarios es una simple relación de bienes relictos que no quita ni confiere derechos. La simple inclusión de bienes en los inventarios de una sucesión no es prueba del dominio sobre ellos. Estas doctrinas no son sino la aplicación de los artículos 475 y 1310 del Código Civil, por cuanto el dominio de las cosas sólo se adquiere de la manera establecida por la ley, o sea, por los cinco modos a que se refiere el artículo 673 de esa obra: ocupación, accesión, tradición, sucesión por causa de muerte y prescripción.

La relación sucinta que de los bienes relictos hacen los interesados cuando se inicia una sucesión, al tenor de lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 63 de 1936, tan distinta del inventario de los mismos a que se refiere el artículo 34 de la misma norma, no puede tener un carácter de irrevocabilidad absoluta porque esa relación sucinta es para dar una idea más bien general de los bienes que componen el acervo hereditario, pero no es la base inmodificable ni de los inventarios ni menos de la partición, porque muy bien puede suceder que en

las diligencias dentro del juicio de sucesión lleguen los herederos a conclusiones distintas o que no cuadren exactamente con la relación sucinta del artículo 29. (Casación, LIV, número 1990, julio 4 de 1942).....Págs. 7, 2.ª, y 8, 2.ª

J

JURADO

— 63 —

La Corte estima que para la decisión de todas y cada una de las cuestiones se ha de entender constituido el Jurado siempre por cinco miembros; y que para el veredicto debe considerarse la respuesta unánime de los cinco Jurados o la mayoría computada sobre estos mismos cinco miembros. (Casación, LIV, número 1991, diciembre 5 de 1942)..... Pág. 501, 2.ª

JURADOS

— 64 —

Aunque el cargo de Jurado es forzoso, conforme al artículo 240 de la Ley 57 de 1887, puede, sin embargo, un individuo que figure en la lista de Jurados excusarse absolutamente por tener más de sesenta años, por enfermedad comprobada que dure probablemente más de lo que falte del período, por no ser vecino de la cabecera del Distrito Judicial, o por no saber leer y escribir. Así es que sorteada una persona que no tiene excusa general ni impedimento particular para determinada causa, está obligada a prestar el servicio, y si no existe disposición expresa que mande verificar nuevo sorteo o que ordene que continúe como Jurado, se puede aplicar por analogía lo relativo a los Conjueces de la Corte, por ejemplo, que sorteados continúan conociendo en el juicio, aunque vencido el período no figuren en la nueva lista. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, octubre 22 de 1942).....Págs. 200, 2.ª, y 201, 1.ª

— 65 —

En repetidos fallos ha dicho la Corte que las decisiones de los Jueces de conciencia no pueden reputarse injustas sino cuando aparezca palmariamente que ellas pecan contra la realidad procesal; y en los juicios por Jurado le basta al juzgador de derecho examinar en la sentencia si el veredicto tiene o nó respaldo en pruebas del proceso. No está obligado a establecer, además (ya lo dijo la Sala en reciente sentencia), que de acuerdo con los principios legales sobre la plenitud de las pruebas, los autos suministran la demostración plena y completa de la responsabilidad del acusado. La convicción moral, que es lo que la ley exige de los Jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, septiembre 4 de 1942).....Pág. 164, 2.ª

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

— 66 —

La resolución ministerial por la cual se facultó al Fiscal del Tribunal de Bogotá para promover la declaración de baldío de un predio a favor de la Nación es un acto administrativo cuyo control jurisdiccional es ajeno a la Corte, pues la Ley 130 de 1913 le veda decidir acerca de la nulidad o validez de ese acto. La jerarquía competente en orden a establecer la ilegalidad del procedimiento por existir decisiones anteriores en sentido contrario, también de orden administrativo, es otra. Si la Corte asumiera esa jerarquía, obraría fuera de sus atribuciones. Porque todo negocio de índole administrativa, de acuerdo con la ley citada, entra al contencioso de su índole, cualesquiera que sean las personas, sin que los Jueces comunes posean en el particular ningún poder de decisión. Arreglado el acto administrativo en sus condiciones de forma y de competencia a la ley, al Poder Judicial le incumbe respetarlo mientras la respectiva jerarquía jurisdiccional no resuelva acerca de su invalidez. El anterior principio es hoy un postulado inconcuso en el derecho y en la organización del Estado colombiano, reconocido como el más serio avance de nuestras instituciones. Y de acuerdo con principios de Derecho Administrativo, en la legislación colombiana no son revocables los actos administrativos que por autoridad de la ley crean un derecho patrimonial en pro de un tercero, como en el caso del artículo 77 del Código Fiscal, sobre adjudicación de baldíos, o a las resoluciones administrativas sobre adjudicación de minas, etc. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, agosto 21 de 1942).

Págs. 354, 2.ª, y ss.

L

LEGÍTIMA DEFENSA

— 67 —

Contestar negativamente el cuestionario sobre legítima defensa cuando se ha respondido de manera también negativa al primer cuestionario, o sea al que pregunta sobre la ejecución material del hecho, no equivale a negar la causa justificativa de legítima defensa, sino a negar por segunda vez la imputación de homicidio.

Habiendo dos votos afirmativos sobre la cuestión de legítima defensa y dos negativos, no es jurídico soltar el empate en el sentido que perjudique al procesado. *In dubio pro reo* es aforismo de universal aceptación y que no

pugna con los postulados de ninguna escuela o doctrina. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, marzo 21 de 1941).....Pág. 162, 1.ª

LEGITIMACIÓN

— 68 —

Según la jurisprudencia de la Corte, constante y uniforme en este punto, hasta el año de 1913 no era necesario que los contrayentes firmaran el acta del matrimonio eclesiástico en que dejaban constancia de que legitimaban hijos. Bastaba que el acta llevara la firma del párroco ante quien se celebraba el matrimonio. Esta misma doctrina sostuvo la Corte posteriormente para aceptar las legitimaciones verificadas antes de 1913. A partir de este año es indispensable que los contrayentes que legitiman hijos en el acto del matrimonio eclesiástico firmen el acta correspondiente, por virtud de lo estatuído en la Ordenanza expedida por la Conferencia Episcopal de 1913, que fue luégo ratificada por el Decreto de 28 de octubre de 1927, dictado por la Conferencia Episcopal de dicho año. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 20 de 1942).....Pág. 73, 1.ª

LEY 117 DE 1922

— 69 —

El artículo 10 de la Ley 117 de 1922 no quedó expresa ni tácitamente derogado por la ley 45 de 1923. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 29 de 1942).....Pág. 96, 1.ª

M

MÉRITO EJECUTIVO

— 70 —

De acuerdo con el artículo 982 del Código Judicial, se requieren estas condiciones para que una obligación preste mérito ejecutivo: 1.ª Que conste por escrito; 2.ª Que el acto o documento contentivo de la obligación provenga del deudor o de sus causahabientes; 3.ª Que el acto o documento constituya por sí solo plena prueba contra el deudor o emane de una decisión judicial que deba cumplirse, y 4.ª Que del acto o documento resulte a cargo del deudor una obligación clara, expresa y actualmente exigible de hacer, de entregar o de pagar cantidades líquidas, de dinero.

Cuando el artículo se refiere al acto o documento expresivo de una obligación ejecutiva, está contemplando la unidad jurídica del título, mas en manera alguna la unidad material del documento en el sentido de que impida que la obligación pueda estar contenida en diferentes documentos del mismo valor legal y que complementándose entre sí constituyan el título de una obligación ejecutable inmediatamente.

Si el título está formado por varios documentos procedentes todos del deudor, y que por sí solos y uno a uno arrojen plena prueba contra él, de cuyo conjunto se infiera la obligación clara, expresa y exigible que quiere el artículo 982, parece que sería introducir un rigor innecesario negar la ejecución, debido a que la obligación no está toda vertida a un solo y único documento material. Se atendería así más al aspecto físico y enteramente formal de la acción que a su aspecto jurídico. Se abandonaría lo esencial, que es que se pruebe la existencia de un derecho indiscutible, por lo accidental, que es el número de los documentos que arrojan la plena prueba de ese derecho. No sería así viable una ejecución basada en un documento privado o en una escritura pública, proveniente del deudor, ilustrado o aclarado con un pliego de posiciones absueltas ante Juez competente; o en un documento privado o escritura pública, completados con otros documentos de la misma índole. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, julio 7 de 1942).....Págs. 333, 2.ª, y s.

— 71 —

El juramento previo es requisito indispensable para que el reconocimiento de un documento privado le aporte a éste la eficacia necesaria como título ejecutivo. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, julio 30 de 1942).....Págs. 339, 2.ª, y 340, 1.ª

MINAS

— 72 —

Las diligencias a que alude el artículo 4.° de la Ley 59 de 1909 son: 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 el artículo 32 del Código de Minas; 2.ª Pagar el impuesto 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 $ 5.00, que impone el artículo 1.° del Decreto ejecutivo número 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 Ley 292 de 1875; 6.ª Suministrar el papel sellado necesario para la actuación administrativa ante la Gobernación respectiva; 7.ª Hacer expedir el cartel y el despacho para la posesión de la mina, dirigidos al respectivo comisionado, para que proceda de conformidad con los artículos 48 y 49 del Código de Minas. Si la remi-

sión del cartel y el despacho se hiciere por conducto del interesado, deberá entregarlos al comisionado dentro del término de veinte días que señala el artículo 8.° de la Ley 292 de 1875, y 8.ª La adjudicación de la mina con la expedición del título minero.—El artículo 4.° de la Ley 59 de 1909 vino a llenar el vacío que antes existía en el estatuto minero y que consistía en que se omitió señalar el término preciso para que el denunciante quedara obligado a suministrar el papel sellado necesario para la actuación. Conforme a esa disposición legal, tienen el término de un año, contado desde la presentación del denuncio, para la práctica de las diligencias necesarias a adelantar esta clase de gestiones administrativas, hasta la fijación del cartel y ejecución de pregones en la Alcaldía comisionada. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 29 de 1942).

Pág. 105, 1.ª y 2.ª

— 73 —

Hoy no se duda sobre la supresión de los días feriados y de vacantes como inhábiles para el cómputo de noventa días a que alude el artículo 32 del Código de Minas. Si en un tiempo se dudó al respecto y aun se llegó a opinar y aun a decidir contra la supresión, ésta es incuestionable ante el artículo 62 de la Ley 4.ª de 1913, y en este sentido, a mayor abundamiento, obran varias Resoluciones, aun anteriores a esta Ley, como la de 9 de diciembre de 1893, la de 4 de abril de 1904 y la de 1.° de mayo de 1912. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 12 de 1942).....Pág. 53, 1.ª

MULTAS

— 74 —

Las multas que se imponen por no llevar libros de cuentas conforme al artículo 30 del Decreto 818 de 1936 son perfectamente ilegales, pues el mencionado Decreto establece una obligación no contemplada en las leyes que regulan las contribuciones sobre la renta o patrimonio. En efecto, la Ley 78 de 1935 no previó ni prescribió la obligación de llevar libros de cuentas. Así, pues, el Decreto aludido está en pugna con la Ley que tiende a reglamentar. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, agosto 4 de 1942).....Pág. 343, 2.ª

— 75 —

Ya ha dicho la Corte que es ilegal la imposición de multas con base en el Decreto número 818 de 1936, reglamentario de la Ley 78 de 1935, la cual no contiene esa facultad, siendo, por tanto, ilegal e inconstitucional el Decreto mencionado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, junio 24 de 1942).....Pág. 255, 2.ª

MUNICIPIO RESPONSABLE DE CULPA

— 76 —

Para los efectos de localizar la responsabilidad civil de una entidad municipal en relación con el mal funcionamiento de la obra costeada por los particulares y destinada a la prestación de un servicio público urbano, lo mismo significa que tal obra haya sido hecha por los funcionarios municipales directamente o por medio de contratos de construcción intervenidos por los ingenieros oficiales. Siempre es el Municipio el autor y responsable directo del funcionamiento eficiente o innocuo del servicio. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, julio 10 de 1942).....Pág. 27, 1.ª

MUTUO

— 77 —

Al mutuo o préstamo de consumo corresponden dentro de nuestro derecho contractual, las calidades de unilateral, real, principal, naturalmente gratuito, pero oneroso, conmutativo, cuando se pactan intereses. Es el momento en que se perfecciona el que haya de tener en cuenta para su calificación como fuente de obligaciones recíprocas o solamente a cargo del mutuario, y entonces no hay duda sobre su unilateralidad, porque el mutuante, perfeccionado el contrato, queda en actitud simplemente pasiva, en espera de las prestaciones del mutuario sobre el pago de intereses y devolución de lo prestado. No es acertado decir que la obligación de entregar, que corresponde al mutuante, sea nacida del contrato, porque siendo éste real, la entrega es el contrato mismo, su realidad. El caso contemplado en el artículo 2228 del Código Civil no le da la calidad de bilateral, porque la obligación del mutuante de que allí se trata es generada, lo mismo que sucede con el comodato (artículo 2227 ibíd), no como un elemento del contrato, sino por hecho sobreviniente a su celebración, dando así forma a lo que en los tratados de derecho se llama contratos sinalagmáticos imperfectos, clasificación ésta no reconocida en nuestro Código Civil. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, julio 8 de 1942).....Pág. 20, 1.ª

— 78 —

Son de la esencia del contrato de mutuo la calidad de cosa fungible que corresponde legalmente a lo que se recibe a título de tal; la tradición del dominio del dinero por medio de la entrega real, y la obligación del mutuario de restituir cosas del mismo género y calidad. Estas son las cosas de la esencia del mutuo, sin las cuales, como lo dice la ley, no produce ningún efecto o degenera en un contrato distinto; pero es jurídicamente posible, sin perjudicar su naturaleza y dentro de la libertad con-

tractual que inspira nuestro derecho, añadirle cosas accidentales en pactos accesorios o combinarlo con otros contratos. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 23 de 1942).
Pág. 91, 1.ª

N

NOVACIÓN

— 79 —

La novación, conforme al artículo 1687 del Código Civil, es un modo de extinguir obligaciones y puede verificarse de las tres maneras aludidas en el artículo 1690. Para no hablar sino de la última, o sea la novación por cambio de deudor, se verifica cuando un deudor se sustituye a otro, es decir, cuando un deudor deja de ser tal porque otro pasa a ocupar su lugar; la primitiva obligación se extingue y en su lugar nace una nueva entre el acreedor y el nuevo deudor. La novación por cambio de deudor puede ser de dos clases: 1.ª, con el consentimiento del deudor primitivo; y 2.ª, sin su consentimiento. Esta distinción la consagra el último inciso del artículo 1690, llamando *delegación* el primer caso. El segundo se ha convenido en llamarlo por la doctrina *expromisión*. Pero para que la novación por delegación sea perfecta se requiere de modo esencial, de acuerdo con el artículo 1694, que el acreedor manifieste expresamente su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. Para que se verifique la novación es preciso que las partes así lo quieran y lo declaren como se infiere no solamente de la regla general del artículo 1693. No basta decir que una persona cede un contrato a otra para que haya novación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, agosto 31 de 1942).....Pág. 381, 2.ª

NULIDAD Y SIMULACIÓN

— 80 —

Son muy distintos los factores que integran la nulidad de los que configuran la simulación. Causa u objeto ilícito, vicios del consentimiento, falta de formalidades esenciales en ciertos casos, cuando el contrato es solemne; falta de precio, cuando se trata de una compraventa, determinan la nulidad, ya absoluta, ya relativa. Contrato ostensible, que encubre uno secreto al cual han adherido las partes, constituye en esencia la simulación, que puede ser total o parcial. Cuando desaparecido el contrato aparente surge el real u oculto, tiene éste eficacia en cuanto no esté afectado de nulidad. No deben confundirse la inexistencia o nulidad del contrato de compraventa por falta de precio, con la resolución del contrato por falta de pago. Cuando no hay precio en ese contrato, el acto jurídico que lo condiciona no puede surgir a la vida legal; cuando realmente hay precio, pero no se paga, el acto jurídico tiene toda su validez y entonces por el incumplimiento del comprador surge la acción resolutoria que implícitamente llevan todos los contratos (artículo 1546, Código Civil). No pueden resolverse sino los contratos válidamente celebrados. La acción de nulidad no es conducente sino respecto de los contratos que adolezcan de algún vacío que les reste su eficacia legal y jurídica. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 29 de 1942).....Pág. 98, 2.ª

P

PAGO POR OTRO

— 81 —

Por un deudor puede pagar cualquiera persona, como agente oficioso, con su consentimiento y aun sin su conocimiento. Tal acto no puede vincular al acreedor con el tercero que soluciona la obligación y no produce otro efecto que extinguirla respecto del primitivo acreedor, dejando en pie una nueva relación jurídica entre el deudor y su oficioso gestor. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 29 de 1942).....Pág. 115, 1.ª

PENA MÁXIMA

— 82 —

La doctrina expuesta en varios fallos de la Sala acerca de la manera como debe interpretarse el artículo 45 del nuevo Código Penal puede resumirse así:

1.° El anteproyecto de Código Penal italiano de 1921, fuente originaria del nuestro, a pesar de que adoptaba la condenación a tiempo indeterminado y la prisión perpetua, para el caso de concurso de delitos estatuía que se aplicara la sanción correspondiente al más grave, considerando los otros delitos únicamente como circunstancias de mayor peligrosidad; y sólo a este título, no por el hecho objetivo del concurso mismo, podía pensarse, y eso interpretando el artículo 23 en relación con el 75, que en tal caso también estaba facultado el Juez para aplicar una sanción superior al máximo de la establecida para el delito más grave.

2.° En el Código colombiano no hay disposición que autorice expresamente al Juez para imponer una cantidad de pena superior al máximo fijado para la respectiva sanción; y si es verdad que el artículo 33 dice: «Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto», esto no significa que se suponga como base el máximo de la sanción correspondiente al delito más grave para hacer sobre ese máximo el aumento.

3.º La Comisión redactora del anteproyecto de Código Penal colombiano no acogió la pena de prisión perpetua, ni siquiera la sentencia a tiempo indeterminado; y propuso como pena máxima imponible —sin distinguir si se trataba de aplicarla por uno o por varios delitos— la de treinta años de presidio.

4.º La Comisión del Senado, que estudió el anteproyecto y que lo propuso como proyecto al mismo Senado, estimó excesiva la sanción de treinta años, teniendo en cuenta varios considerandos, entre otros el promedio de duración de la vida humana en Colombia, y resolvió bajar a veinticuatro años el máximo de pena imponible, sin establecer excepciones ni hacer distinción para el caso de que se tratase de sancionar a un reo por varios delitos.

La trayectoria recorrida por el legislador colombiano muestra que, apartándose del anteproyecto de Ferri, no sólo prescindió de establecer la prisión perpetua, sino que aun consideró excesivo el término de treinta años para la pena de presidio, la cual restringió a veinticuatro años, como máximo.

La pena máxima privativa de la libertad, ante el Código de 1936, no puede, pues, pasar de veinticuatro años, aunque se trate de sancionar al reo por varios delitos. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, septiembre 4 de 1942).

Págs. 167, 1.ª y 2.ª, y ss.

PENA CONTRA LOS JUECES QUE LITIGAN EN CAUSA PROPIA

— 83 —

No se ve la razón por la cual sea inaplicable el artículo 512 del Código de 1890 en el caso de que un Juez litigue en causa propia. Verdad es que las funciones de mandatario, apoderado, albacea y consultor dicen relación a negocio ajeno; pero esto es diferente de «abogar o ejercer como abogado en causa propia»; una y otra actividad están prohibidas bajo sanción.

El artículo 216 del viejo Código Judicial prohibía a los empleados judiciales y a los del Ministerio Público ser mandatarios, apoderados o albaceas y «abogar en negocios judiciales», con la advertencia de que si el empleado judicial tenía que litigar en causa propia debía constituir apoderado. La sanción correspondiente a los violadores de esta norma prohibitiva era la establecida por el artículo 512, arriba citado, del anterior Código Penal.

Reprodujo la Ley 105 de 1931 (Código de Procedimiento Civil) en su artículo 18 la prohibición; y el nuevo Código Penal señaló la sanción para los violadores de tal norma (artículo 179, Ley 95 de 1936). De manera que se ha guardado tradición legislativa en este punto.

Y así, contemplando como infracción punible el ejercicio de la abogacía (aun en causa propia) la antigua y la nueva ley, puede sancionarse hoy un hecho cometido cuando regía el antiguo Código, puesto que lo consideran punible tanto la ley coetánea a su ejecución como la ley vigente al tiempo del juicio. Otra cosa es que cuando se vaya a dictar sentencia, si hubiere lugar a ella, se comparen las dos leyes para aplicar la que resulte más favorable al sindicado, de acuerdo con axiomático principio de derecho reconocido por nuestra Constitución y por nuestras leyes.

Estima esta Sala que el Tribunal de Medellín obró con acierto al considerar que una infracción cometida bajo la vigencia de la ley anterior debía tener su correspondiente disposición en la ley nueva para llamar a juicio bajo el imperio de la última. Y también anduvo acertado al contemplar como norma infringida la del artículo 512 del antiguo Código repetida, *mutatis mutandis*, por el 179 del Código Penal de 1936. (Auto, Sala de Casación Penal, LIV, número 1991, noviembre 2 de 1942).

Págs. 492, 2.ª, y 493, 1.ª

PERJUICIOS CAUSADOS POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

— 84 —

La Ley 167 de 1941, 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 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 auto 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.º, 67 y 69), la justicia ordinaria carece hoy del poder de decisión so-

bre 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). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, junio 30 de 1942)..... Pág. 263, 2.ª

— 85 —

Las demandas sobre reparación de daños y perjuicios causados por órdenes o providencias de autoridades administrativas correspondía fallarlas y corresponde hoy a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.° y 2.° de la Ley 38 de 1918 y 261 y 262 del nuevo Código Contencioso Administrativo que entró en vigencia el 1.° de abril del presente año de 1942. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, junio 24 de 1942).....Pág. 259, 2.ª

— 86 —

En el presente caso la demandante solicitó ante la justicia administrativa la nulidad de los decretos que la destituyeron sin justa causa de su puesto de maestra de escuela, que es considerado por la ley como inamovible; pero no pidió la indemnización de los perjuicios que se le ocasionaron, los cuales se han hecho consistir en los sueldos que dejó de percibir el empleado injustamente removido durante el tiempo que duró la destitución. Por tanto, los Tribunales que conocieron de la acción de nulidad de tales decretos, nada pudieron estatuír en relación con el restablecimiento del derecho privado. No habiéndose ejercitado entonces el contencioso de plena jurisdicción, el actor no perdió por ello el derecho de reparación, y pudo, de conformidad con la legislación vigente al tiempo de iniciarse la litis, ejercer la respectiva acción ante la justicia ordinaria. A esta conclusión se llega mediante el análisis del artículo 4.° de la Ley 80 de 1935, que regía totalmente la materia antes de entrar en vigencia el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941). Esta Ley, que implica un nuevo avance en la organización científica y armónica de la justicia administrativa, y que empezó a regir desde el 1.° de abril de 1942, regulariza la cuestión de un modo mejor a como la contemplaba el Código Contencioso anterior. Esa Ley 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 la confusión 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) destinados a la tramitación de los negocios para los cuales no señala 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. Hoy las autoridades administrativas tienen jurisdicción privativa para el conocimiento 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 deben proponerse en adelante ante los Tribunales Administrativos, dentro del término de cuatro meses, pasado el cual prescriben. (Artículo 83, ibídem). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, agosto 21 de 1942).

Pág. 327, 1.ª y 2.ª

PERSONAS JURÍDICAS

— 87 —

En el campo de la teoría las personas jurídicas obran y actúan por intermedio de sus órganos y funcionarios directivos, y los actos por éstos celebrados obligan y comprometen su responsabilidad civil. Este postulado teórico es indiscutible, y así lo ha venido sosteniendo la Corte en su jurisprudencia. Pero para que en realidad se suceda este fenómeno y la persona moral quede vinculada a dicha responsabilidad por actos u omisiones de sus órganos directivos o de sus funcionarios autorizados, es menester, en primer lugar, que tal iniciativa y el acto ejecutado estén plenamente evidenciados como emanados del órgano o funcionario facultados para ejecutarlos. (Casación, LIV, números 1989 y 1980, mayo 29 de 1942).

Pág. 116, 1.ª

PERSONERÍA SUSTANTIVA

— 88 —

Sabido es que la personería sustantiva de las partes constituye un elemento esencial para

la configuración y decisión de la acción judicial, pero no un presupuesto para la admisibilidad de la demanda. Por otra parte, la ausencia de legitimación en la causa llegaría a ser un fundamento de excepción de inepta demanda cuando se manifiesta de una manera *ostensible*, como cuando el titular de la obligación litigiosa es A y se demanda a B, o cuando se señala como representante del demandado a persona distinta de quien lo es en realidad. No así cuando la obligación de comparecer en juicio surge o nace de una pretendida vinculación jurídica directa o indirecta entre el titular del derecho litigioso y el demandado, indicado como presunto titular de la correlativa obligación. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, abril 29 de 1942).

Pág. 228, 2.ª

PETRÓLEOS

— 89 —

Ni de la letra ni del espíritu de las disposiciones pertinentes que regulan esta clase de negocios se infiere con certidumbre que el pretendido dueño de los terrenos a que se refiere un aviso de exploración de petróleo de propiedad particular esté excluido de intervenir directamente en la controversia que se ventila en el juicio sumario, entre la Nación y el «interesado particular» de que habla el artículo 7.º de la Ley 160 de 1936. Entiende la Sala que con la alusión a «interesado particular», la Ley se refiere a quienes están interesados en el aviso; y ellos, son, de una parte, el que lo da, y de otra quien figura como dueño de los terrenos cuyo subsuelo se quiere explorar y a quien afectará principalmente el resultado del debate. De consiguiente, por el hecho de que la Ley de petróleos no exija de modo esencial la presencia de este último interesado en el juicio, no se debe entender que le veda hacerse presente directamente en éste, pues desde que él tiene interés en el pleito surge el correspondiente derecho de intervención, de acuerdo con las disposiciones generales de procedimiento, especialmente el artículo 233 del Código Judicial. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, junio 10 de 1942).

Pág. 253, 2.ª

— 90 —

Para saber si en un terreno que se arrienda para la explotación y exploración de petróleos hay o nó aceites en cantidad comercial, es indispensable, de acuerdo con nuestra legislación minera, y de conformidad con las opiniones de los técnicos que asesoran al Gobierno para la redacción y expedición de la Ley sobre petróleos, no sólo emprender trabajos geológicos superficiales, sino que es imprescindible perforar con taladro, operación ésta que, en concepto de esos técnicos, es la única que puede establecer de manera satisfactoria y científica la existencia o inexistencia de petróleos en el terreno arrendado, ya que la exploración superficial por procedimientos geofísicos, sismográficos u otros semejantes, apenas suministrará datos más o menos ciertos sobre yacimientos petrolíferos en el terreno, pero esas exploraciones en manera alguna dan la seguridad de la existencia de petróleos y pueden constituír indicios más o menos serios que inclinen el ánimo del contratista a hacer perforaciones con taladro. Así, pues, la única manera de comprobar por parte de un contratista de petróleos que en los terrenos materia del arrendamiento no hay petróleo en cantidad comercial, es conjuntamente la exploración superficial y la perforación con taladro, de acuerdo con los artículos 18 de la Ley 37 de 1931 y 4.º de la 160 de 1936. El artículo 24 de aquella Ley impone, en una palabra, al contratista, la comprobación de no hallar petróleo en cantidad comercial en el terreno de la concesión para que pueda poner fin al contrato de arrendamiento. Conforme al artículo 69 del Decreto número 1270 de 1931, es ante el Ministerio donde debe presentarse la escritura en que se haga constar la renuncia del contrato, y es el Ministro quien debe resolverla. Si se acepta, debe intervenir el señor Presidente de la República; si no se acepta, la sola actuación del Ministro es suficiente para rechazarla legalmente. (Sala Plena en lo Civil, sentencia, LIV, números 1989 y 1990, octubre 1.º de 1942)....Pág. 436, 2.ª

— 91 —

La Sala Plena en lo Civil de la Corte Suprema tiene competencia privativa para conocer de los juicios a que se refiere el artículo 8.º de la Ley 37 de 1931, entre los cuales se comprende claramente el que tenga por objeto fijar la interpretación que deba darse a determinada cláusula de un contrato sobre explotaciones petrolíferas. De acuerdo con ese artículo, los juicios a que él se refiere sólo pueden ventilarse entre los contratantes y a petición de uno de ellos. Los terceros extraños a esos contratos no tienen la acción correspondiente, ni, por lo mismo, la personería sustantiva necesaria para incoar tales juicios. Si los contratos a que alude el artículo citado perjudican derechos de terceros, éstos pueden hacerlos valer por los medios ordinarios que establece la ley, ante las autoridades competentes al efecto, pero no ejercitando una acción especial que el precepto legal citado, de acuerdo con los principios generales de derecho, ha establecido únicamente para los contratantes. (Sentencia, Sala Plena en lo Civil, LIV, números 1989 y 1990, agosto 27 de 1942)..... Pág. 430, 2.ª

— 92 —

La renuncia de los contratos sobre petróleo no puede producir efectos en la forma y oportunidad presentados por el contratista. Tal es la interpretación que da la Corte al artículo 24

de la Ley 37 de 1931, pues la única manera de comprobar por parte de un contratista de petróleos que en los terrenos materia del arrendamiento no hay petróleo en cantidad comercial, es conjuntamente la exploración superficial y la perforación con taladro. De esto se deduce que es inadmisible jurídicamente la aserción de ser lícito al contratista renunciar válidamente a la concesión, en el período de exploración o en el de explotación, sin probar que no halló petróleo en cantidad comercial. En suma, si se ha encontrado petróleo en cantidad comercial durante la explotación, no puede terminarse el contrato, y si no se ha encontrado petróleo en esa cantidad durante la explotación, y ello se establece por el concesionario, puede éste renunciar al contrato, en las condiciones del artículo 24 de la Ley del Petróleo. (Sala Plena en lo Civil, Sentencia, LIV, números 1989 y 1990, octubre 1.° de 1942). Págs. 412 y ss.

PRENDA

— 93 —

El contrato de empeño es accesorio y de garantía del de mutuo, pero son dos contratos jurídicamente diferentes que no se desnaturalizan por su coexistencia ni pueden interferirse en su ejecución. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, julio 8 de 1942) ..... Pág. 21, 1.ª

PRESCRIPCIÓN

— 94 —

La acción civil para la reparación del daño procedente del delito o culpa de carácter penal, de que deben responder los que son juzgables criminalmente por tales hechos, prescribe en el mismo plazo que la acción penal, según la regla especial contenida en el inciso 1.° del artículo 2358 del Código Civil. La acción civil para la reparación del daño procedente de una culpa o hecho simplemente dañoso, por acción o por omisión, no reprimible por la ley penal, prescribe según las reglas generales del derecho civil, por no estar incluída de manera taxativa en la norma especial contenida en el artículo 2358 del Código Civil. Finalmente, la acción civil para la reparación del daño proveniente, no del hecho o culpa propios, sino del de terceros puestos bajo cuidado o de quienes deba responder, prescribe según la regla especial que de manera clara consagra el inciso 2.° del artículo 2358. (Casación, LIV, números 1989 1990, julio 10 de 1942)..... Pág. 28, 2.ª

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

— 95 —

Habiéndose cumplido el tiempo que, para casos como el que relata el proceso, señala el artículo 153 del nuevo Código Penal, declaró la Corte prescrita la acción penal, de conformidad con el artículo 105, inciso 2.°, del mismo Código, en el juicio seguido contra el ex-Administrador de Hacienda Nacional de Puerto Asís, por malversación de fondos públicos. (Auto, Sala de Casación Penal, LIV, número 1991, octubre 28 de 1942)..... Pág. 489, 2.ª

PRESTACIONES SOCIALES

— 96 —

Interpretando la Sala el artículo 1.° de la Ley 45 de 1939 ha dicho que es ésta una disposición de aplicación general y que comprende así a la Nación como a los Municipios. En consecuencia la jurisdicción y competencia de los Jueces ordinarios se regulan únicamente por la cuantía del asunto y por la vecindad de las partes con el objeto de que a las clases favorecidas con las leyes de prestaciones sociales no se les dificulte entablar sus acciones de menor cuantía, así contra los Departamentos o contra la Nación, desde sus propios lugares de trabajo, de donde son vecinos, y en condiciones las menos gravosas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, julio 8 de 1942)..... Págs. 337, 1.ª y 2.ª

PROMESA DE CONTRATO

— 97 —

La promesa de celebrar un contrato, como todo pacto bilateral, es susceptible de resolución al tenor del artículo 1546 del Código Civil. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 11 de 1942)..... Pág. 46, 2.ª

R

RECAUDADORES

— 98 —

Es un principio general que informa toda nuestra legislación fiscal el de que los recaudadores son responsables por las deudas causadas y no cobradas; más cuando a pesar de la diligencia y cuidado que han tenido no han podido recaudar, sin que haya culpa de su parte, debe declarárseles libres de responsabilidad. Así lo ha resuelto la Corte en numerosas decisiones. Y cuando se acredita no solamente que se hicieron todas las gestiones conducentes a obtener el recaudo de las cantidades causadas a deber sin que se hubiera logrado, sino que dichas sumas han sido cobradas con posterioridad e ingresado al Fisco, la ninguna responsabilidad del recaudador aparece de manera nítida, y el cobro que de ellas se le haga carece de causa, a más de que implica un enriquecimiento injusto por parte de la entidad fiscal. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, abril 27 de 1942). Pág. 225, 2.ª

RECOMPENSAS, PENSIONES, JUBILACIONES

— 99 —

Con la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo, y particularmente en fuerza de lo dispuesto en los artículos 52, 157 y 163, el reconocimiento pecuniario de recompensas, pensiones, jubilaciones, etc., de carácter departamental o municipal, se verificará mediante juicios que quedaron adscritos a la justicia administrativa desde el 1.º de abril de 1942. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV, número 1991, septiembre 2 de 1942).

Págs. 510, 2.ª, y 511, 1.ª

RECURSO DE CASACIÓN

— 100 —

La frase «por medio de un escrito» que contiene el artículo 522 del Código Judicial, no indica que sea indispensable un memorial ad hoc para la interposición del recurso de casación, pues no puede negarse que la manifestación de interponer el recurso en el acto de la notificación reviste en realidad el requisito de ser por escrito dirigido al Tribunal. La exigencia de aquel artículo 522 es la de que no haya duda sobre que el recurso se interpone, pues mal podría darse por interpuesto mediante suposiciones o conjeturas, y no puede interpretarse de manera que existiendo inequívocamente tal manifestación pueda tenerse ésta por no hecha, como sucedería decidiendo sólo ante la falta de un memorial separado, el que, además, no podría más ni menos que consignar por escrito lo mismo que el abogado dijo y escribió en la citada diligencia de notificación del fallo recurrido. (Auto, Sala de Casación Civil, LIV, números 1989 y 1990, julio 7 de 1942).

Pág.12, 1.ª

REGISTRO

— 101 —

El registro de documentos públicos y privados es un acto solemne que requiere para su validez ciertos requisitos de forma que, cuando se omiten, entrañan la nulidad del acto. Mas siendo todas las nulidades de carácter taxativo, dado que entrañan una pena, y teniendo en cuenta las graves consecuencias que en ocasiones acarrean, la jurisprudencia se orienta cada vez más hacia un criterio de amplitud dentro de la órbita de acción que en cada caso le brinda la ley. Así, en materia de testamentos, cabe observar que el artículo 11 de la Ley 95 de 1890 mitigó bastante el rigor de las normas anteriores al subrogar el artículo 1083 del Código Civil y modificar los textos del 1073, 1080 y 1081. Consecuente con ese nuevo espíritu, esta Corte ha venido elaborando su nueva doctrina en estas materias que se relacionan con la autencidad y la fe que deben respetar actos como el testamentario y las inscripciones de los documentos en las oficinas de registro. Una de esas doctrinas es la expuesta en sentencia de casación del 10 de marzo de 1904, publicada en los números 1694 y 1696 de la *Gaceta Judicial*. Lo importante, lo fundamental es que el testamento sea auténtico, otorgado por el testador y exacto en su estructura; y lo fundamental en la inscripción de documentos en las Oficinas de Registro es igualmente que ésta se haya realizado por el funcionario competente y que su contenido sea exacto y auténtico, para que surta los efectos que la ley le señala y reconoce. Aun aceptándose como plena prueba en el caso de autos el dictamen grafológico y conviniéndose de acuerdo con su tenor que las firmas no son autógrafas sino estampadas con un facsímil. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, julio 13 de 1942).....Págs. 150, 1.ª y 2.ª

REGISTRO DE ESCRITURAS DE CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS

— 102 —

Las escrituras sobre cesión de derechos hereditarios deben registrarse en el libro número 2, porque no versan sobre traspaso, gravamen o limitación del dominio de inmuebles, ni menos sobre actos constitutivos de hipoteca o de cancelación de éstas. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 8 de 1942).

Pág. 39, 1.ª

REGISTRO DE LIBROS DE COMERCIO

— 103 —

El registro de libros en las Cámaras de Comercio, encaminado a precisos fines legales, no puede tener el alcance que, por ejemplo, tiene el de los instrumentos públicos en sus libros correspondientes, al tenor del artículo 2637 del Código Civil. Esta inscripción resguarda y previene a los terceros y, capacitándolos así para estar al tanto de lo pertinente en lo que les concierna, deja a su cargo sus inadvertencias, imprevisiones y descuidos. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, junio 22 de 1942).....Pág. 126, 2.ª

REIVINDICACIÓN

— 104 —

En la acción reivindicatoria la controversia puede desarrollarse de modos distintos: títulos del reivindicante contra títulos o posesión del demandado, o títulos del reivindicante contra mera posesión del demandado. En el primer caso, es pertinente el estudio sobre prevalencia de títulos para averiguar cuáles son mejores, si los del reivindicante o los del demandado, que está doblemente amparado por título

inscrito y posesión. En el segundo caso, a la posesión del demandado se enfrenta el título del demandante, el cual debe coincidir con el hecho de la posesión o comprender un período mayor que ésta para que, destruída la presunción de dominio, quede establecido el derecho del demandante reivindicador. En otras palabras: el título debe ser anterior al comienzo de la posesión. En este caso, como es obvio, no existe la cuestión de prevalencia de que se ha hecho mérito, de modo que el problema se reduce a estudiar y estimar el título inscrito, enfrente de la posesión, y según lo que acaba de exponerse. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 13 de 1942).

Pág. 60, 2.ª

— 105 —

Tanto por expresas normas de derecho privado como porque así lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte, no son reivindicables las porciones o fajas de terrenos que hacen parte integrante de una obra y de un servicio públicos, es decir, que han pasado a ser de uso público. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, junio 24 de 1942).....Pág. 259, 1.ª

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE VENTA

— 106 —

No equivale a renuncia de la acción resolutoria del contrato de venta la circunstancia de haberse pactado que el vendedor se reserva sus derechos para el cobro de los saldos, no obstante la estipulación de intereses. La estipulación de intereses por la mora en el pago del precio de la cosa vendida, no equivale a una renuncia tácita de la acción resolutoria. Y, como lo dice el comentador Barros Errázuriz, el vendedor puede exigir el precio o la resolución de la venta, y no sólo puede optar por uno u otro camino, sino que puede ensayar primero uno y después abandonarlo y seguir el otro. Así, el vendedor puede perseguir primero el pago del precio, y si no logra pagarse íntegramente, puede abandonarse ese procedimiento y acogerse a la acción resolutoria. Ninguna disposición legal le prohibe proceder en esa forma. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 29 de 1942).

Págs. 120, 2.ª, y 121, 1.ª

RESOLUCIONES EJECUTIVAS

— 107 —

Las resoluciones de los Ministerios que dan base para ejecuciones por jurisdicción coactiva deben notificarse personalmente, de conformidad con los artículos 1.° y 2.° de la Ley 53 de 1909. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, octubre 3 de 1942). .....Pág. 330, 2.ª

REVISIÓN DE SENTENCIAS

— 108 —

Como antecedente inmediato de lo que hoy rige entre nosotros sobre revisión de sentencias, se halla la Ley 105 de 1890, que fijó sus casos en el artículo 396 y los reglamentó en los siguientes al 409. Esos casos son los mismos del artículo 542 del Código Judicial actual, con redacción igual, salvo, en lo tocante a los dos casos, 1.° y 4.°, tratados aquí, que el último, que es el que habla de sentencia obtenida injustamente, en vez de terminar con la palabra fraude, termina diciendo «cohecho, violencia u otra *maquinación fraudulenta*». Puede decirse que prácticamente entre nosotros no ha prosperado este recurso. Es visible la severidad de la ley hasta en la redacción de cada una de las ceñidas y reducidas causales con que lo autoriza. Tan estrecho el campo y rígida la exigencia sobre pruebas y circunstancias, natural es la frecuencia de aquel resultado. Y es que el legislador no ha podido menos de proceder con cautela máxima, estando de por medio algo de tánto predicamento para la vida de los negocios y el orden social como la cosa juzgada es y se ha considerado siempre. El artículo 473, al dar esta fuerza a la sentencia firme y hacer la advertencia que él contiene, deja a salvo a este respecto el recurso de revisión, sobre el cual aduce el expositor Chiovenda las frases conceptuosas que cita la sentencia de revisión. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, junio 22 de 1942).

Págs. 127, 2.ª, y ss.

S

SENTENCIA

— 109 —

La sentencia del Tribunal que revoca la definitiva del Juez es también sentencia definitiva y no puede hacerse por un simple auto interlocutorio, porque la ley no autoriza o permite, pues ya no rige el artículo 29 de la Ley 169 de 1896. (Auto, Sala de Casación Civil, LIV, número 1991, julio 24 de 1942).....Pág. 454, 2.ª

SENTENCIA ABSOLUTORIA

— 110 —

No es posible que jurídicamente pueda haber exceso o defecto en la resolución de una sentencia absolutoria, como repetidamente lo tiene establecido la jurisprudencia de casación. (Casación, números 1989 y 1990, LIV, julio 8 de 1942)..... .....Pág. 19, 1.ª

— 111 —

Cuando la sentencia es totalmente absolutoria y el Tribunal no ha descartado ninguna de las peticiones que se han hecho en la demanda, exprofeso, ha de entenderse que todas ellas fueron estudiadas y falladas, puesto que jurídicamente no puede haber exceso o defecto en la parte resolutiva de una sentencia totalmente absolutoria. (Casación, LIV, número 1990, julio 23 de 1942).....Pág. 4, 2.ª

— 112 —

La sentencia absolutoria guarda siempre concordia con lo pedido en la demanda. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, julio 15 de 1942).....Pág. 154, 1.ª

SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

— 113 —

Los Tribunales de la justicia ordinaria están absolutamente inhibidos para desconocer los fueros de la cosa juzgada que en sí llevan las sentencias definitivas de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en virtud de mandato expreso del artículo 93 de la Ley 130 de 1913, que dice que «las sentencias definitivas y ejecutoriadas de los Tribunales de lo Contencioso Administravo son obligatorias y no están sujetas a revisión *por parte de la justicia ordinaria*». Esta norma no la contradicen los artículos 37 y 76 del Código Judicial. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, números 1989 y 1990, julio 28 de 1942).....Pág. 278, 1.ª y 2.ª

SIMULACIÓN

— 114 —

El fenómeno jurídico de la simulación, diferente de la falsedad y del fraude, no puede ser considerado por los Tribunales de justicia sino en su estricto sentido de vicio jurídico, desvinculado de su faz exclusivamente moral, como una realidad de la vida social en la que muchas relaciones de derecho se presentan, dentro del campo de licitud legal, con un aspecto objetivo cuya verasidad es divergente de la real y lícita expresión interna de la voluntad jurídica. Huelga advertir que un ataque como éste, inspirado y fundado en conceptos extralegales, no ofrece fundamento a ningún estudio de casación por su improcedencia y por su imposibilidad de incidir en la decisión del recurso. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 7 de 1942).....Pág. 32, 1.ª

SOCIEDADES EXTRANJERAS

— 115 —

Conforme a los artículos 2.° y 6.° del Decreto legislativo número 2 de 1906, no basta que se trate de sociedades extranjeras y de cualquier negocio en el país por parte de éstas, sino que es preciso que la compañía negociante tenga 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 en 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 que diferencia la empresa del negocio, el artículo 1.° del Decreto legislativo número 37 de 1906, adicional del 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. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 23 de 1942).....Pág. 87, 2.ª

T

TESTAMENTO VERBAL

— 116 —

Siendo el testamento verbal de naturaleza privilegiada, debe estar protegido y regulado por normas de excepción, que derogan a su favor algunas de las reglas de derecho común referentes a las formas ordinarias de los testamentos. En un testamento verbal, apesar de su condición de privilegiado, para apreciar judicialmente su validez es necesario estudiar estos elementos: oportunidad, libertad, capacidad y causa. En cuanto al primer elemento, son las circunstancias especiales y extraordinarias que rodearon el acto las que pueden decidir respecto de su oportunidad y de la aceptación de esta forma privilegiada de testar. En lo referente a la segunda condición, el acto esencial de testar y la institución de los asignatarios deben ser en cada caso la obra personal e independiente del testador, esto es, que ningún factor extraño pueda limitar la autonomía de su pensamiento y la expresión de su última voluntad. La capacidad consiste en que el testador goce del pleno dominio de sus facultades

intelectuales, que está en su cabal juicio y que no está sometido a una *capitis diminutio* por razones de estado mental. La causa en la donación testamentaria reside tanto en la intención abstracta de gratificar como en los móviles impulsores y determinantes que la produjeren, originados casi siempre en los vínculos de la sangre, de la gratitud y del afecto. Tanto los comentaristas como la jurisprudencia consideran que el acto propiamente dicho de poner por escrito el testamento verbal consiste en la recepción de los testimonios durante el lapso de treinta días, del cual deben descontarse, conforme al artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, los días feriados y de vacaciones. (Casación, LIV, números 1989 y 1990, mayo 8 de 1942). Pág. 37, 1.ª

TESOREROS Y RECAUDADORES

— 117 —

Como lo dijo la Corte, interpretando las Ordenanzas números 50 de 1898, 57 de 1915 y 36 de 1935, las disposiciones que ellas contienen «consagran la responsabilidad de los Tesoreros o Recaudadores de Rentas no sólo por lo que perciban, sino también por lo causado a deber y no recaudado. Mas entre esa responsabilidad, que, nótese bien, está condicionada por las deudas *causadas y no cobradas*, y la proveniente de la insuficiencia de lo recaudado en relación con el respectivo capítulo de estimación presupuestal en el correspondiente período fiscal, hay un abismo. La primera es la consagrada en la legislación departamental de Cundinamarca, y es la justa y racional. La segunda no está ni podría estar consagrada por ninguna ley, ni por la equidad, ni la justicia, porque en el fondo encarna lisa y llanamente el tipo clásico de un enriquecimiento sin causa, llevado a efecto mediante los respectivos alcances, y luégo vías forzadas de la ejecución».

Si se trata de deudas causadas ya a deber y contempladas en el respectivo presupuesto, necesitan constar en el título que sirva de base a la ejecución, conforme a la preceptuado por el artículo 982 del Código Judicial, para que pueda contarse con un documento que por sí solo constituya plena prueba de la obligación que se pretende cobrar. Ni aun sobre la base de una clara y expresa constancia en el título ejecutivo de cantidades causadas y no cobradas puede aceptarse como indefinida la responsabilidad por tal concepto a cargo de los Tesoreros, ya que la disposición ordenanzal pertinente debe sufrir la limitación consistente en que dicha responsabilidad cesa tan pronto como los respectivos deudores cancelen sus deudas pendientes. De no ser así, habría un manifiesto enriquecimiento sin causa a favor de la entidad acreedora, por un doble pago de la misma acreencia. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LIV, número 1991, septiembre 24 de 1942)..... .....Pág. 527, 2.ª

TRIBUNAL DE ADUANAS

— 118 —

Tratándose de un asunto que de hecho cayó desde su perpetración bajo la competencia del Tribunal Distrital de Aduanas, ante ese Tribunal debió demandarse la reparación o indemnización pedida, de conformidad con el artículo 322, letra *d*), de la Ley 79 de 1931, orgánica de las Aduanas. (Auto, Sala de Negocios Generales, LIV, número 1991, septiembre 18 de 1942)..... .....Pág. 513, 2.ª

V

VENTA

— 119 —

De conformidad con el artículo 1873 del Código Civil, vendida una misma finca raíz a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro. El nuevo o último comprador viene a quedar constituído no en dueño del inmueble, sino en acreedor de su vendedor para el efecto de exigirle el cumplimiento de sus prestaciones bilaterales, de carácter personal. Puede, por consiguiente, acogerse al artículo 1546 del Código Civil y optar entre pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con la correspondiente indemnización de perjuicios. De esto se concluye también que el último comprador carece de la acción de inexistencia del pacto por simulación incoada contra el primer comprador o sus causahabientes, por no tener interés jurídico alguno ni como causahabiente a título singular ni como tercero, para impetrarla. (Casación, LIV, número 1991, julio 29 de 1942)..... .....Pág. 467, 2.ª

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y ADMINISTRATIVAS CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LIV DE LA «GACETA JUDICIAL»

CONSTITUCIÓN NACIONAL

Arts.	Números
49	10
69	32

CÓDIGO CIVIL

475	62
655	8
659	8
665	8
667	8
669	8
673	62
704	8
706	8
1073	101
1080	101
1081	101
1083	101
1147	5
1148	5
1276	6
1310	62
1325	5
1494	40
1546	80, 97, 119
1550	5
1610	40
1678	27
1687	79
1690	79
1693	79
1694	79
1856	27
1873	119
2227	77
2228	77
2358	94
2637	103
2674	16

CÓDIGO DE MINAS

32	72
34	72
48	72
49	72

CÓDIGO FISCAL

77	66

CÓDIGO DE RÉGIMEN POLÍTICO Y MUNICIPAL

62	116

CÓDIGO PENAL DE 1890

Arts	Números
143	19
144	19
145	19
512	83
586	20

CÓDIGO PENAL DE 1936

33	82
34	19
37	19
45	82
95	39
105	95
153	95
179	83
362	22
363	20
365	22
384	22
397	34
398	34
402	34
522	100

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

308	33
556	7
557	7
559	7
567	9

CÓDIGO POSTAL Y TELEGRÁFICO

40	41

CÓDIGO JUDICIAL DEROGADO

216	83

CÓDIGO JUDICIAL ACTUAL (LEY 105 DE 1931)

18	83
37	113
76	113
233	89
328	46
448	44, 51
520	55
662	56
663	55
664	55
665	55

CÓDIGO JUDICIAL ACTUAL (LEY 105 DE 1931)

Arts.	Números
721	39
731	59
824	49
840	8
845	13
982	70, 117
1203	49

LEYES ESPECIALES:

LEY DEL 6 DE AGOSTO DE 1821

.....	23

LEY 292 DE 1875

8.°	72
30	72

LEY 57 DE 1887

33	17
240	64
243	52

LEY 153 DE 1887

7.°	10

LEY 14 DE 1888

2.°	72

LEY 95 DE 1890

1.°	12
11	101

LEY 105 DE 1890

396	108
409	108
473	108
542	108

LEY 100 DE 1892

76	52

LEY 169 DE 1896

29	109

LEY 40 DE 1907

18	3

LEY 53 DE 1909

1.°	107
2.°	107

LEY 59 DE 1909

4.°	72

LEY 4.ª DE 1913

Arts.	Números
62	73

LEY 130 DE 1913

.....	66
93	113

LEY 41 DE 1915

21	32

LEY 38 DE 1918

1.°	85
2.°	85

LEY 117 DE 1922

10	69

LEY 42 DE 1923

7.°	47

LEY 45 DE 1923

.....	69

LEY 37 DE 1931

8.°	91
18	90
24	90, 92

LEY 79 DE 1931

322	118

LEY 78 DE 1935

.....	74, 75
9.°	30
33	53

LEY 80 DE 1935

4.	86

LEY 45 DE 1936

14	49

LEY 63 DE 1936

29	62
34	62

LEY 95 DE 1936

179	83

LEY 160 DE 1936

4.°	90
7.°	89

LEY 94 DE 1938

Arts.	Números
48	34
567	22

LEY 45 DE 1939

.....	25
1.°	24, 96

LEY 167 DE 1941

34	84, 86
52	99
62	32
66	84, 86
67	84, 86
68	84, 86
83	84, 86
124	84, 86
157	99
163	99

DECRETOS:

DECRETO LEGISLATIVO NÚMERO 2 DE 1906

2.°	115
6.°	115

DECRETO LEGISLATIVO NÚMERO 37 DE 1906

1.°	115

DECRETO DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1822

Arts.	Números
.....	23

DECRETO DEL 28 DE OCTUBRE DE 1927

.....	68

DECRETO NÚMERO 1270 DE 1931

69	90

DECRETO NÚMERO 92 DE 1932

1.°	53, 72

DECRETO NÚMERO 818 DE 1936

.....	75
2.°	30
5.°	30
30	74

DECRETO NÚMERO 1789 DE 1941

1.°	32
2.°	32
4.°	32

CÓDIGO PENAL ITALIANO DE 1921

.....	82

REPÚBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDICE ALFABÉTICO

— A —

Págs.

Acevedo Torres Luis Eduardo contra la Nación. Ordinario por perjuicios 529
Amézquita Chaparro Antonio. Causa por litigar en causa propia siendo Juez 491
Aragón Quintero Alonso. Sobreseimiento definitivo por los cargos de usurpación de funciones públicas, violación de leyes y preceptos legales y denegación de justicia 196
Arango Juan Bautista y otros. Causa por homicidio y robo 210
Arcila S. Carlos contra los herederos y la cónyuge de Rafael Arcila. Ordinario sobre exclusión de bienes de unos inventarios 6
Avila v. de Mora Nicasia y otros contra Angel María Medina. Ordinario sobre cuentas 153

— B —

Barona Ulpiano. Cambio de radicación del sumario contra los responsables del homicidio de éste 183
Bernal Medina Rafael contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario por perjuicios 261
Berrío Tomás. Causa por parricidio y tentativa de uxoricidio 478

— C —

Cadavid Sierra José Juvenal. Causa por homicidio 219
Caicedo A. Ismael, Julia Caicedo A., Bernardina Encinales y otros. No se repone un auto en el juicio a que dio lugar el incidente sobre aviso de exploración y explotación de petróleos 253
Caicedo Chaparro Luis Enrique. Abuso de autoridad y detención arbitraria 170
Calderón Manuel Angel. Causa por uxoricidio 494
Camacho Matiz Luis contra Margarita Hoyos de Uribe. Ordinario sobre resolución de una promesa de contrato 44
Cano de Calderón Arcelia, Amelia Calderón de Cano y otras contra Quiterio Robles, Luis Eduardo Calderón Cano y otros 130
Carrizosa Adolfo contra Juan Antonio Montoya. Ordinario sobre declaración de bienes mostrencos 469
Castellanos de Espinel Delia y sus menores hijos contra Luis García Prada. Ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa 117
Compañía Asnazú Gold Dredging, Ltd. contra Manuel M. Mosquera W. Ordinario sobre oposición a la posesión de una mina 51
Compagnie Genérale des Tabacs contra Diego Maldonado y otros. Ordinario sobre pago de una suma de pesos, y otras acciones ... 82
Compañía de Petróleos Shell de Colombia. Aviso de exploración y explotación de petróleos 284

Págs.

Compañía Petrolera de Bogotá. Se niega una petición 406
Compañía de Petróleos del Carare contra la Nación. Ordinario sobre terminación de un contrato de arrendamiento 432
Cuéllar Chaves Zoilo contra el Departamento de Cundinamarca. Ejecutivo 514
Cuenca Liborio, Luis, Juan, Amalia, Rafael y Ana contra la sucesión ilíquida e intestada de León Tamayo. Ordinario sobre nulidad de un contrato por simulación 441

— D —

Decreto acusado número 1411 de 1937, reglamentario del artículo 3.°, Ley 160 de 1936, sobre petróleos. Auto de la Sala Plena de la Corte 1
Decreto acusado número 1789 de 1941, reorgánico de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional. Se declaran exequibles los artículos acusados 391
Decreto número 970 de 1942. Se declara inhibida la Corte para conocer de la demanda de inexequibilidad de ese Decreto 395
Departamento de Antioquia contra Mario Uribe U. Ejecutivo 339
Departamento de Cundinamarca contra la Nación y las Sociedades Colombian Petroleum Company y South American Gulf Oil Company. Ordinario sobre interpretación de un contrato 427
Del Mónaco Clemente contra el Departamento de Nariño. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 227
Díaz Pedro y otros contra Secundina Díaz de Suárez y otros. Ordinario sobre derechos a una sucesión y otras acciones 70

— E —

Echeverry Urbano y Jesús María Concha. Causa por robo 185
Empresa Eléctrica de Manizales contra Carlos E. Pinzón, Camilo Uribe y Abel Mejía. Revisión de una sentencia 122
Espinosa v. de Zúñiga Dolores contra Juan de Jesús Zúñiga. Ordinario sobre nulidad de un contrato 447
Espitia Siervo. Causa por asesinato 173

— F —

Fernández Zarina contra los herederos de Ana María Ternera. Ordinario sobre nulidad de un contrato 465
Fernández Alejandro contra la Compañía The Telephone Company, Limited. Ordinario para el pago de un descanso dominical 76

— G —

Gómez de Garzón Paulina contra la sucesión de Mercedes Gómez. Ordinario sobre nulidad de un testamento verbal 34

Págs.

González Benedicto. Causa por asesinato 204
González Emiliano contra el Departamento de Caldas. Ordinario de reivindicación ... 257
Gutiérrez Ripoll Alejandro. Se ordena cesar todo procedimiento por el delito de prevaricato de que se le acusó 506
Guzmán Saúl contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Prestaciones sociales 336

— H —

Hurtado de Ramírez Ascensión contra Marcelina Grisales, Eduardo y Juan C. Ramírez. Ordinario de reivindicación 56

— J —

Jiménez Arias Heliodoro. Causa por uxoricidio 200
Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca contra Luis María Pardo y otros. Ejecutivo 224
Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales contra Luis Beltrán y otros y a favor del Municipio de Bogotá. Ejecutivo. Excepciones 524

— L —

La Nación contra Jacques Brodbeck y Bárbara Umaña de Brodbeck. Ejecutivo. Excepciones 235
La Nación contra José María Aldana. Ejecutivo. Excepciones 238
La Nación contra Manuel Uribe Afanador y Cesáreo Pulido. Ejecutivo. Excepciones ... 244
La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá) contra Juan B. Castaño. Ejecutivo 255
La Nación contra Luis Eduardo Agudelo. Ejecutivo 330
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Nariño) contra la sucesión de Leonidas Delgado. Ejecutivo 341
La Nación (Sindicatura del Impuesto de Herencias) contra los herederos de José Florentino García Quiñones. Ejecutivo 345
La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales de Bogotá) contra la Compañía Minera de «La Primavera». Ejecutivo 348
La Nación (Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Bogotá) contra Victoria Medina v. de Terán y otros. Ejecutivo. Excepciones..... 370
López Carlos G. contra Hernando Guerrero y otros. Ordinario de oposición a la posesión de una mina 101
Lozano Lozano Elina contra Arnaldo y Arnulfo Ramírez Espinosa. Recurso de hecho.... 454

— M —

Medina F. Roberto contra el Banco Agrícola Hipotecario. Ordinario sobre obligación de otorgar una escritura y otras acciones. 107
Mejía v. de Villegas Laura contra Luis Arango. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 65
Mejía Lázaro y Berta Londoño. Causa por homicidio 215

Págs.

Mejía Ismaelina contra el Departamento del Valle del Cauca. Ordinario para el pago de una suma de pesos 520
Monroy Tobías contra Amparo Gamba y Pedro López Huertas. Ordinario sobre nulidad de un contrato y otras acciones..... 139
Morales Benilda contra el Municipio de Bogotá. Ordinario sobre perjuicios.. 456
Moreno Hernando contra la Nación. Bienes mostrencos 280
Moreno Reyes Anselmo. Prescripción de la acción penal 488

— O —

Ortiz Pedro Alejandrino. Causa por homicidio 158
Otero Félix Antonio contra la Nación. Ordinario sobre pago de perjuicios 351

— P —

Pardo Rubio Eduardo contra la Nación. Ordinario sobre reivindicación. 359
Parra Patarroyo María contra el Departamento de Boyacá. Ejecutivo 332
Peña Rojas Carolina, Alejandrina y Carmen, contra el Municipio de Bogotá. Ordinario sobre responsabilidad civil por culpa..... 23
Pérez Miguel. Causa por asesinato 499
Pinzón Miguel contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 270-
Pinzón Juan contra Daniel Sabogal Mora. Ordinario sobre cumplimiento de un contrato 16
Portilla v. de Durán Rudesinda contra Silvino Calderón J. Ordinario sobre nulidad de un contrato 97
Posada María M. de y otros contra la Nación. Ordinario sobre pago de lo no debido.. ... 249

— R —

Rebollo Pedro A. contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Caución de perjuicios 233
Recaudador de Hacienda Nacional de Neiva contra la Compañía Minera «La Primavera». Ejecutivo 517
Restrepo Suárez Antonio contra la Nación. Ordinario para el pago de una suma de pesos 512
Restrepo Valentín contra Alfonso Londoño S. Ordinario sobre nulidad relativa de un contrato 40
Rodríguez Diago Enrique, como apoderado de Gustavo Miranda Vásquez contra Nicolás Miranda Catalán y otros. Se admite el recurso de hecho interpuesto y se ordena conceder el de casación 11
Rodríguez M. Antonio José. Prestaciones sociales 213
Rojas de Vargas Liduvina contra Guillermo Vargas C. y Dante Biagi. Ordinario sobre nulidad de un contrato por simulación..... 2
Romero Alejandrina. Injusto denuncio contra varios Magistrados del Tribunal de Bogotá 178
Ruiz A. Miguel contra el Departamento de Bolívar. Prestaciones sociales 229

— S —

Págs.

Salazar Francisco A, contra Guillermo, Ricardo y Daniel Mejía. Ordinario sobre simulación de un contrato 30
Salazar Alfonso y otro. Falsedad en documentos públicos 497
Salgado Franco Jesús. Causa por homicidio .. 191
Salvamento de voto del Magistrado doctor José M. Blanco Núñez a la sentencia que decidió el juicio intentado por Luis Eduardo Acevedo Torres contra la Nación por la tragedia de aviación del campo de Santa Ana 557
Salvamento de voto del Magistrado doctor Liborio Escallón al auto por el cual se declaró inhibida la Corte para conocer de la demanda de inexequibilidad del Decreto número 970 de 1942 400
Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo a la sentencia proferida en la causa contra Jesús Salgado Franco, por homicidio 195
Salvamento de voto del mismo Magistrado al auto por el cual se declaró inhibida la Corte para conocer de la demanda de inexequibilidad del Decreto número 970 de 1942 401
Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo Tapias Pilonieta en este mismo asunto 405
Sánchez Barriga Pedro contra el Banco Prendario Municipal. Ordinario sobre nulidad de un remate 93
Sánchez José María. Causa por homicidio 503
Silva de Vélez Escolástica contra el Departamento del Valle del Cauca. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 324
Suárez de Cajal María Teresa. Objeciones a una partición en el sucesorio de Jerónimo Suárez 63

— U —

Uribe Antonio María. Declaración de prescripción de la acción penal por el delito de incendio que se le imputó 208
Uribe R. Federico y Edgard Simmonds contra Manuel Dolores Muñoz. Ordinario sobre perjuicios 460
Urrea Ulpiano contra el Departamento de Antioquia. Ordinario para el pago de unos sueldos 509

— V —

Vásquez Medina Guillermo. Causa por falsedad y estafa 485
Villa Sebastián contra Angela Rosa López v. de Toro, y otros. Ordinario sobre pago de unas mejoras 1
Vitama o Duitama José Gil. Causa por asesinato y robo 1